

Lecciones de Derecho Civil para estudiantes de Ciencias Económicas. Volumen I



Lucía Carolina COLOMBATO
(Editora)

Lecciones de Derecho Civil para estudiantes de Ciencias Económicas. Volumen I

Editora:

Lucía Carolina Colombato

Autores:

Ivana Cajigal Cánepa

Lucía Carolina Colombato

Luis Omar Nuñez

Rolando Fabián Rodríguez

LIBRO DE TEXTO PARA ESTUDIANTES UNIVERSITARIOS

Lecciones de Derecho Civil para estudiantes de Ciencias Económicas.
Volumen I

Lucía Carolina Colombato (Editora)

*Ivana Cajigal Cánepa, Lucía Carolina Colombato, Luis Omar Nuñez y
Rolando Fabián Rodríguez (Autores)*

Mayo 2018, Santa Rosa, La Pampa

Edición: Melina Caraballo - EdUNLPam

Diseño y Diagramación: M. Florencia Mirassón - Diseño-UNLPam

© Cumplido con lo que marca la ley 11.723

*La reproducción total o parcial de esta publicación, no
autorizada por los editores, viola los derechos reservados.
Cualquier utilización debe ser previamente autorizada.*

EdUNLPam - Año 2018

Cnel. Gil 353 PB - CP L6300DUG

SANTA ROSA - La Pampa - Argentina

UNLPam

Rector: Oscar Daniel Alpa

Vicerrectora: Nilda Verónica Moreno

EdUNLPam

Presidente: María Claudia Trotta

Director: Rodolfo David Rodríguez

Consejo Editor:

Daniel Buschiazzo

María Marcela Domínguez

Victoria Aguirre

Ana María T. Rodríguez / Stella Shmite

Celia Rabotnikof / Santiago Ferro Moreno

Lucia Colombato / Rodrigo Torroba

Paula Laguarda / María Silvia Di Liscia

Graciela Visconti / Alberto Pilati

Mónica Boeris / Ricardo Tosso

Griselda Cistac / Patricia Lázaro

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Presentación | 11 |
| Lección I . Derecho Civil. <i>Lucía Carolina Colombato</i> | 13 |
| 1. EL DERECHO Y EL DERECHO CIVIL..... | 15 |
| a) Concepto de Derecho. Norma Jurídica. Distinción entre Derecho y Moral..... | 15 |
| b) Ciencia Jurídica. Derecho natural y positivo..... | 16 |
| c) Derecho público y privado | 18 |
| d) Derecho sustantivo y adjetivo | 19 |
| e) Derechos individuales y Derechos de incidencia colectiva (artículo 14)..... | 20 |
| f) El derecho civil como derecho común, residual y supletorio | 24 |
| 2. LA CODIFICACIÓN..... | 24 |
| a) La Codificación Civil en Argentina: Antecedentes del Código Vélez Sárfield. Principales Reformas..... | 24 |
| b) La Constitucionalización e Internacionalización del Derecho Privado..... | 25 |
| c) El Código Civil y Comercial Unificado. Aspectos valorativos..... | 26 |
| d) Título Preliminar: Sistema de Fuentes (artículo 1). Interpretación (artículo 2) | 29 |
| e) La ley: ámbito subjetivo (artículo 4), vigencia (artículo 5)..... | 30 |
| f) Los modos de contar los intervalos del derecho..... | 30 |
| g) Derecho transitorio..... | 31 |
| h) Ejercicio de los derechos y sus límites (arts. 9/14)..... | 32 |
| i) El principio de buena fe..... | 32 |
| Referencias..... | 34 |
| Actividades | 35 |
| Lección II Persona humana. <i>Ivana Cajigal Cánepa</i> | 37 |
| 1. LA PERSONA HUMANA. GENERALIDADES..... | 39 |
| a) Concepto de Persona. Especies..... | 39 |
| b) Comienzo de la existencia. La condición del nacimiento con vida... | 41 |
| c) Fin de la existencia..... | 42 |
| 2. DERECHOS PERSONALÍSIMOS | 43 |
| a) Sobre la vida y la personalidad física..... | 45 |
| b) Sobre la personalidad espiritual..... | 47 |
| c) Sobre las libertades..... | 48 |
| 3. ATRIBUTOS DE LA PERSONA..... | 49 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a) Nombre | 50 |
| b) Estado | 56 |
| c) Domicilio..... | 58 |
| Referencias | 85 |
| Actividades | 86 |
| | |
| Lección III. Persona jurídica. <i>Lucía Carolina Colombato</i> | 89 |
| 1. PERSONAS JURÍDICAS..... | 91 |
| a) Naturaleza jurídica (artículo 141) | 91 |
| b) Clasificación (artículo 145) | 94 |
| c) Personas Jurídicas públicas: enumeración y concepto (artículo 146)... | 94 |
| d) Personas jurídicas privadas: clasificación (artículo 148) | 97 |
| f) Funcionamiento (artículo 157 y sgtes.) | 103 |
| g) Comienzo de la existencia de las personas jurídicas privadas (artículo 142) | 104 |
| h) Personalidad diferenciada (artículo 143) e Inoponibilidad (artículo 144)..... | 105 |
| i) Fin de la existencia de las personas jurídicas privadas (artículo 163 y sgtes.) | 106 |
| j) Destino de los bienes (artículos 167, 185, 217) | 108 |
| 2. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS | 109 |
| a) Capacidad de las personas jurídicas privadas (artículo 141) | 109 |
| b) Actuación: la representación orgánica (artículo 358) | 109 |
| c) Responsabilidad civil contractual (artículo 141) y extracontractual (artículo 1753, 1757, 1763)..... | 110 |
| 3. ASOCIACIONES | 111 |
| a) Concepto (artículo 168)..... | 111 |
| b) Órganos de gobierno (artículo 170 inc. l) | 113 |
| c) Derechos y deberes de la entidad y sus miembros | 116 |
| 4. LAS SIMPLES ASOCIACIONES: Régimen específico (artículo 187 y sgtes.) | 116 |
| 5. FUNDACIONES..... | 117 |
| a) Concepto (artículo 193). Diferencias con las asociaciones | 117 |
| b) Constitución (artículo 195). Estatutos | 118 |
| c) Órganos de Gobierno (artículo 201 y sgtes.)..... | 119 |
| 6. Las Organizaciones no gubernamentales, su importancia actual..... | 119 |
| Referencias | 120 |
| Actividades | 121 |
| | |
| Lección IV. Patrimonio. <i>Luis Omar Nuñez</i> | 123 |
| 1. BIENES | 125 |
| a) Bienes y Cosas (artículo 16) | 125 |
| b) Clasificación de las cosas | 129 |
| c) Bienes con relación a las personas | 131 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| d) Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva Límites al ejercicio de los derechos individuales (artículo 240)..... | 132 |
| 2. PATRIMONIO..... | 133 |
| a) El patrimonio. Concepto. Composición (artículo 15-16) | 133 |
| b) Bienes excluidos (artículos 17 y 18) | 134 |
| c) Naturaleza jurídica..... | 134 |
| d) Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales | 135 |
| e) Derechos patrimoniales: Personales, reales o intelectuales. Naturaleza, concepto, caracteres y diferencias | 135 |
| g) Medidas precautorias..... | 139 |
| h) Bienes inembargables (artículo 744) | 139 |
| i) Acciones integrativas del patrimonio | 141 |
| Referencias | 144 |
| Actividades | 145 |
| Lección V. Teoría General Del Acto Jurídico. <i>Lucía Carolina Colombato</i> | 147 |
| 1. HECHOS JURÍDICOS..... | 149 |
| a) Concepto (artículo 257) | 149 |
| b) Clasificación | 150 |
| c) Aspectos internos y externos de los actos voluntarios..... | 152 |
| d) Manifestación de la voluntad. Distintas formas (artículo 262/264)..... | 154 |
| e) Silencio..... | 155 |
| 2. HECHOS INVOLUNTARIOS..... | 156 |
| a) Concepto. Efectos | 156 |
| b) Hechos ilícitos: noción..... | 157 |
| 3. ACTOS JURÍDICOS..... | 157 |
| a) Concepto (artículo 259) | 159 |
| b) Sujetos. Representación (artículo 358/361) | 161 |
| c) Objeto (artículo 279) | 163 |
| d) Causa (artículo 281 y 282)..... | 165 |
| e) Forma. Prueba: distintos medios..... | 166 |
| 4. FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS. CONCEPTO (artículo 284/288) ... | 173 |
| a) Clasificación de los actos por su forma | 173 |
| b) Instrumento público. Concepto | 175 |
| c) Requisitos (artículo 290) | 176 |
| d) Fuerza probatoria (artículo 296) | 176 |
| e) Nociones sobre escritura pública (artículo 299) | 177 |
| f) Instrumento privado: concepto y distinción con los instrumentos particulares no firmados (artículo 287) | 178 |
| g) Firma (artículo 313/315) | 178 |
| h) Enmienda (artículo 316) | 181 |
| i) Fecha cierta (artículo 317) | 182 |
| j) Correspondencia (artículo 318)..... | 182 |
| k) Valor probatorio de los instrumentos privados (artículo 319)..... | 183 |

| | |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| 5. MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS (artículo 343/357) | 184 |
| a) Condición..... | 184 |
| b) Plazo..... | 185 |
| c) Cargo | 187 |
| d) Efectos | 187 |
| Referencias | 188 |
| Actividades | 188 |

Lección VI. Teoría General de las Ineficacias. Influencia del Tiempo en las Relaciones Jurídicas. *Lucía Carolina Colombato. Rolando Fabián Rodríguez..* 189

| | |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| 1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO | 191 |
| a) Categorías (artículo 382) | 191 |
| b) Conversión (artículo 384) | 193 |
| 2. INEFICACIA FUNCIONAL..... | 193 |
| a) Rescisión (artículo 1076) | 194 |
| b) Resolución (artículo 1083) | 194 |
| c) Revocación (artículo 1569 y 2511) | 195 |
| d) Frustración de la finalidad (artículo 1090) | 196 |
| e) Teoría de la Imprevisión (artículo 1091) | 197 |
| 3. INEFICACIA ESTRUCTURAL: NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO | 198 |
| a) Concepto y caracteres | 198 |
| b) Clasificación de las nulidades | 199 |
| c) Efectos entre las partes y con respecto a terceros | 201 |
| d) Confirmación (artículo 393) | 201 |
| e) Inoponibilidad (artículo 396)..... | 202 |
| 4. VICIOS DE LA VOLUNTAD Y VICIOS LESIVOS DE LA BUENA FE | 202 |
| a) Vicios de la voluntad | 202 |
| b) Vicios lesivos de la buena fe | 206 |
| 5. INFLUENCIA DEL TIEMPO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS..... | 212 |
| a) Introducción General..... | 212 |
| b) Prescripción adquisitiva y liberatoria..... | 213 |
| c) Caducidad de los derechos | 216 |
| d) Diferencias entre caducidad y prescripción | 218 |
| Referencias | 219 |
| Actividades | 220 |
| LOS AUTORES | 221 |

Presentación

Este libro es el primer volumen de una obra que pretende aportar lecturas de guía y estrategias didácticas para la preparación de la asignatura Derecho Civil, que integra el ciclo básico común de las tres carreras de Ciencias Económicas (Contador Público Nacional, Licenciatura en Administración con orientación en Emprendedurismo y Tecnicatura Universitaria Administrativo Contable Impositiva) de la Universidad Nacional de La Pampa.

Derecho Civil es una materia ubicada en el primer año de las mencionadas carreras y constituye el punto de partida para el estudio de las restantes asignaturas del ciclo jurídico.

En este sentido, aporta a los estudiantes una primera aproximación a una rama fundamental del derecho del que las restantes ramas se desprenden, de modo tal que la comprensión y el análisis de sus principales instituciones, así como la adquisición del lenguaje jurídico, proporciona a los y las estudiantes conceptos y aptitudes indispensables para el aprendizaje de todas las materias jurídicas, con estrecha vinculación con las incumbencias de su ejercicio profesional.

La reciente sanción de la Ley 26994 que unifica los Códigos Civil y Comercial de la Nación, supone un nuevo desafío: la necesidad de una aproximación al derecho privado en su integralidad, conforme lo regula y trata la legislación vigente, sin perjuicio de la autonomía didáctica que esta asignatura y el derecho comercial mantienen.

Por otro lado, el cambio paradigmático que acompaña al nuevo código relativiza los límites entre el derecho público y el derecho privado, dando lugar a una perspectiva de análisis más dinámica y compleja, alumbrada en las sucesivas reformas legislativas y en la praxis recogida por la doctrina y jurisprudencia a lo largo de los últimos años.

A la vez, los fenómenos de la constitucionalización del derecho privado y la internacionalización de los derechos humanos suponen una transformación en el modo de estudiar y de aprender el derecho y nos enfrentan a desafíos pedagógicos constantes, en especial, cuando esta

asignatura introduce el estudio de todo el contenido jurídico de las carreras de Ciencias Económicas.

En este volumen, se abordan los temas vinculados a la parte general del Derecho Civil, divididos en seis lecciones. La primera de ellas, desarrolla conceptos fundamentales de esta rama del derecho y el título preliminar del nuevo Código Civil y Comercial Unificado¹. En la segunda lección se avanza hacia el tratamiento de la regulación de la persona humana, para continuar, luego, en la tercera lección, con las personas jurídicas. La cuarta lección aborda el patrimonio y las nuevas perspectivas que el Código Civil y Comercial de la Nación introduce en materia de bienes y cosas. La quinta lección está dedicada a la teoría general del acto jurídico y, finalmente, la sexta lección se ocupa de la teoría general de las ineficacias y de los efectos del tiempo en las relaciones y situaciones jurídicas.

Los contenidos preparados para este libro son el resultado de nuestras prácticas docentes y la preocupación por el déficit de material bibliográfico que aborde el derecho civil desde una perspectiva orientada a estudiantes de las carreras de ciencias económicas.

Esperamos que este aporte resulte de utilidad para el estudiantado y también para colegas docentes de las mismas áreas formativas.

Mg. Lucía Carolina Colombato

¹ En adelante CCCU. Articulado, Mensaje de Elevación y Fundamentos disponibles en: <http://www.saij.gov.ar>

Lección

Derecho Civil
Lucía Carolina Colombato

1. EL DERECHO Y EL DERECHO CIVIL

a) Concepto de Derecho. Norma Jurídica. Distinción entre Derecho y Moral.

Conceptualizar el Derecho no es una tarea sencilla. Podemos partir de una definición inicial, considerando que el derecho es un sistema de normas coercibles que rigen la vida en sociedad. Se diferencia de otras disciplinas, que también se ocupan de la conducta humana, como la moral, por su coercibilidad y alteridad.

La coercibilidad supone la posibilidad de exigir el cumplimiento no espontáneo de la conducta ordenada por el sistema jurídico, aún en contra de la voluntad del sujeto. La moral, en cambio, es incoercible y el acatamiento de sus reglas, espontáneo.

La alteridad, por su parte, refiere a que las normas del derecho de las que somos destinatarios resultan puestas por otros, legisladores, jueces, usos y costumbres, pudiendo coincidir o no con nuestras convicciones. De este modo, el derecho vale objetiva e independientemente, más allá de nuestra voluntad de conformarnos o no a ellas.

Estas características hacen de la norma jurídica una regla social obligatoria establecida de modo permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza. Forman parte de esta noción las constituciones, las leyes en sentido formal, los decretos reglamentarios del poder ejecutivo nacional, las ordenanzas municipales de carácter general, los reglamentos de la Corte Suprema, etc.

La norma jurídica es la fuente del derecho por excelencia, ya que por su carácter coactivo, no puede ser dejada de lado por el intérprete a la hora de resolver un conflicto, salvo que entre en contradicción con una norma de grado superior, lo que la tornaría inconstitucional.

Esto nos lleva a otra cuestión importante. No todas las normas jurídicas tienen la misma jerarquía. En nuestra definición inicial señalamos al derecho como un sistema, ya que el derecho contemporáneo involucra y propicia una aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes convergentes. Esas fuentes se encuentran enumeradas en el artículo 1° del CCCU, que establece:

Artículo 1.- *Fuentes y aplicación.* Los casos que este código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

b) Ciencia Jurídica. Derecho natural y positivo.

El debate en torno al objeto de la ciencia jurídica, y por lo tanto la posibilidad de conceptualizarla, está marcado por las disputas entre representantes de las corrientes denominadas ‘iusnaturalistas’ y ‘iuspositivistas’. Sintéticamente, las primeras se fundan en la creencia de la existencia de un orden jurídico válido para todos los pueblos y épocas, superior a las determinaciones contingentes de los seres humanos y cuyo imperio persiste aun contrariando las normas sancionada por los gobernantes; y en las segundas el único derecho es aquel ‘puesto’ (del latín *positum*) por la voluntad humana, que puede ser aplicado coercitivamente por la autoridad pública. Sin profundizar en el tema, es permisible decir que mientras que para los seguidores del ‘iuspositivismo’ el objeto de la ciencia jurídica está constituido exclusivamente por normas, para los seguidores del ‘iusnaturalismo’ el objeto de la ciencia jurídica está constituido por la conducta humana.

La configuración de la ciencia jurídica como un saber que tiene como objeto el derecho positivo supone situarse en el momento histórico concreto que se caracteriza por la desaparición del derecho natural de la cultura jurídica.

La visión del derecho positivo como objeto de la ciencia jurídica aparece ligada concretamente, como ha defendido Ferrajoli, al principio de legalidad. A este proceso se refiere Ferrajoli (1989) del siguiente modo:

(...) la novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado,

a los romanos), como sobre todo en la forma ‘legal’, ‘convencional’, o ‘artificial’, es decir, ‘positiva’, del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se autonomiza como ‘objeto’ o ‘universo’ empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas. Bajo ambos aspectos el principio de legalidad viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y, por otra parte, de las válidas, es efectivamente constitutivo del moderno derecho positivo y al mismo tiempo del moderno estado de derecho; en cuanto principio de reconocimiento de las propias normas como empíricamente dadas o positivas, es constitutivo de la moderna ciencia del derecho como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto (Sastre Ariza, Santiago 2001: 591-582).

Esta distinción hace referencia a dos perspectivas o puntos de vista respecto del fenómeno jurídico.

La vertiente objetiva pone el foco de análisis en el derecho como sistema de normas destinadas a la regulación de la conducta humana. La otra vertiente subraya la dimensión subjetiva, entendida como las prerrogativas o facultades de exigir de otros un determinado comportamiento (que puede expresarse como acción o abstención) que el ordenamiento jurídico le otorga a los individuos con fundamento en lo prescrito en las normas jurídicas.

La cuestión de la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos ha dado origen a tres corrientes de posición doctrinaria claramente establecidas: a) la teoría de la voluntad, postulada originalmente por Savigny (1879: 65), que considera al derecho subjetivo como un poder atribuido a la voluntad, es decir, como una esfera autónoma de actuación reservada al individuo sin intervenciones externas; b) la teoría del interés, con Von Ihering (1946: 221) como sostenedor más conspicuo, que considera al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido a través de un mecanismo de tutela que podrá ser activado por su titular, y c) la teoría de la posición jurídica, enarbolada por Hans Kelsen (1992), sostiene que existe derecho subjetivo solamente cuando una norma jurídica atribuye a un sujeto la potestad de defender sus intereses, de modo que no se trataría de una “noción material o de contenido, sino de una noción formal (...) congruente con el armamento conceptual de la ciencia jurídica y despojada de todo significado político, ético o histórico (Gil Domínguez, 2005: 121).

c) Derecho público y privado

La distinción entre derecho público y derecho privado refiere a cuestiones diversas.

Una concepción clásica, de raíz romana, apunta al interés jurídico involucrado. Si la norma regula cuestiones de interés colectivo será de derecho público, mientras que será de derecho privado cuando esté referida a intereses individuales.

Una segunda tendencia doctrinal pivotea sobre la participación del Estado en las relaciones jurídicas reguladas por la norma, de manera tal que si el Estado interviene en la relación jurídica estamos frente a normas de derecho público, y si no lo hace, nos enfrentamos a normas de derecho privado.

Ambas corrientes han recibido críticas. La primera de ellas, en tanto el fenómeno jurídico siempre contiene una dimensión colectiva y su regulación involucra intereses de todo el conjunto social. La segunda, en tanto el Estado, en algunas de sus relaciones jurídicas, actúa como persona privada.

De este modo, consideramos que es necesario puntualizar una serie de aspectos para contribuir a comprender esta distinción.

El Derecho Público regula relaciones de coordinación entre Estados soberanos (Derecho Internacional Público), relaciones de coordinación entre entidades estatales no soberanas (Derecho Público Provincial y Municipal), relaciones de supra o subordinación entre entidades estatales y personas privadas (Derecho Administrativo). Las normas de derecho público involucran en forma directa intereses colectivos y, en cuanto a su proceso de elaboración, son creadas unilateralmente por el estado.

El Derecho Privado, en cambio, regula relaciones jurídicas de coordinación entre particulares. Sus normas están referidas a cuestiones de interés particular, y en su elaboración participan las partes, de mutuo acuerdo y en igualdad de condiciones.

Imagen 1



Tomado de Méndez, Y. (2014:15) “Derecho Público y Derecho Privado”. Universidad Fermín Toro. Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas. Escuela de Derecho.

El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado ha contribuido a flexibilizar y relativizar los límites entre derecho público y privado. En la actualidad no pensamos al Código Civil y Comercial como fuente excluyente del derecho privado, sino como elemento de un sistema complejo de fuentes que involucra además normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos.

d) Derecho sustantivo y adjetivo

El derecho sustantivo o de fondo regula los comportamientos que deben seguir los individuos de una sociedad confiriendo derechos o imponiendo deberes jurídicos (Derecho Civil, Comercial, Penal, Laboral, Administrativo).

El derecho adjetivo o de forma refiere a aquellas normas de procedimiento dictadas por la autoridad competente para el ejercicio de los derechos y deberes sustantivos (Derecho Procesal).

Si bien en nuestro derecho las cuestiones adjetivas o de forma constituyen facultades no delegadas por las provincias al Estado Nacional, y por lo tanto se regulan por normas locales, el CCCU incorpora numerosas

reglas de procedimiento (pensemos, por ejemplo, en las referidas procesos de restricciones a la capacidad, procesos de familia, proceso sucesorio, entre otras).

e) Derechos individuales y Derechos de incidencia colectiva (artículo 14)

En uno de los aspectos quizá más novedosos del Código Civil y Comercial Unificado, en el artículo 14 se deja debidamente aclarado que el nuevo texto legal reconoce no solo derechos individuales sino también derechos de incidencia colectiva, para afirmar a continuación que:

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general (artículo 14 segundo párrafo)

Esta regla se inscribe en uno de los aspectos valorativos del nuevo texto, planteados por la Comisión Redactora en los Fundamentos (Lorenzetti et al.; 2012: 5), al enunciarlo como el ‘Código de los derechos individuales y colectivos’. Como no escapa a cualquier estudioso u operador del derecho, la gran mayoría de los Códigos Civiles refieren exclusivamente a los derechos individuales.

El nuevo Código Civil, en consonancia con la legislación brasilera, ha decidido incorporar también dentro de su ámbito de aplicación a los derechos de incidencia colectiva que constituyen, a la vez, una de las más trascendentes incorporaciones de la reforma constitucional de 1994 a través de sus artículos 41 y 43. Sin embargo, es necesario destacar que si bien nuestro texto constitucional, establece procesos ordinarios o constitucionales para tutelar los derechos colectivos, no se ha establecido ni su naturaleza ni su contenido (Gil Domínguez, 2005: 125).

Los derechos colectivos son, en definitiva, aquellos que tienden a proteger un interés colectivo. De este modo, los derechos de incidencia colectiva a que refiere la Constitución Nacional serían:

Aquellos que tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas pertenecientes a un grupo o comunidad social, y que presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante. Hay tres facetas que singularizan la esencia de los intereses difusos: a) pertenecen a un número indefinido de sujetos individuales; b) se refieren a un interés general consistente en una prerrogativa de uso y goce de bienes comunes; c) esa pretensión resulta insusceptible

de división singular en su disfrute y en su apropiación. Se basan en situaciones de hecho a menudo extremadamente genéricas y contingentes, accidentales y mutables (Orfila y Silvestre, 1999)

La amplitud consagrada en el artículo 43 de la Constitución Nacional, para accionar en pos de la protección del derecho al patrimonio cultural, se define entonces como ‘pluri-individual’, lo que implica que: a) la indivisibilidad del bien jurídico protegido impide su fragmentación en situaciones jurídicas individuales; b) a la vez que, ‘el afectado’ no pierde su calidad de tal por el hecho de que ‘otros’ también lo sean; c) y la triple legitimación (al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones) no implica que una excluya a las otras. Así, la noción de derechos de incidencia colectiva resulta superadora de la clásica distinción entre ‘derecho subjetivo’, es decir con plena tutela administrativa y judicial, e ‘interés legítimo’, con eventual tutela en el procedimiento administrativo (Gordillo, 2007).

Como afirma Cançado Trindade (1994: 63), todos los derechos humanos tienen una dimensión individual y una colectiva, en tanto son ejercidos en el contexto social. Sin embargo, ciertos derechos se relacionan más íntimamente con la vida en comunidad², lo que ha llevado a los juristas a hablar de una nueva categoría de derechos, no comprendida en los instrumentos generales de derechos humanos, a la que la doctrina mayoritaria ha llamado ‘nuevos derechos humanos’ o ‘derechos de solidaridad’³ y que preferimos llamar, junto con Alejandro Médici (2011) derechos sobre bienes públicos relacionales.

2 Entre esta peculiar categoría de derechos, podemos mencionar el derecho humano al desarrollo, que ha sido definido en su doble dimensión personal, en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derecho al Desarrollo (1986). Allí también se destaca que los individuos, además de destinatarios deben ser participantes activos y sujetos centrales del derecho (artículo 2.1); que su satisfacción requiere asumir responsabilidades y deberes para con la comunidad, entendida como único ámbito donde su realización es posible (artículo 2.2) y que el Estado debe desarrollar políticas que, sobre la base de la participación activa, libre y democrática de los individuos, contribuyan a mejorar las condiciones de vida de todos y a una distribución equitativa de los beneficios de este derecho (artículo 2.3). También esta doble dimensión es atribuida al derecho humano al medioambiente. Este derecho, que tampoco ha consolidado en una norma vinculante de derecho internacional de aplicación universal, sí ha tendido un desarrollo a nivel regional y estatal. En el continente americano, el Protocolo de San Salvador (1986) lo regula en su artículo 11 como derecho individual, al establecer que: “1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente”. Sin embargo, otros instrumentos, como la Declaración de Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo, emanada de la Conferencia homónima celebrada en Río de Janeiro en 1992, señalan el carácter individual y colectivo de este derecho, en particular en los principios 1 y 3.

3 “Los derechos de solidaridad interactúan con los derechos individuales y sociales y no los sustituyen. Hoy cuando se impone una visión integral de los derechos humanos, abarcándose todos los dominios de la actividad humana, estos nuevos derechos se suman a los preexistentes, igualmente importantes, para ampliar y fortalecer la protección debida, sobre todo a los más débiles y vulnerables” (Cançado Trindade, 1994: 63).

En un reciente trabajo Médici (2014) profundiza el análisis sobre esta categoría de derechos, y los describe según las siguientes características:

a) su titularidad es amplia, derivada de su carácter colectivo y de interés público, que coexiste con una posible dimensión personal que puede ser homogénea, referida a derechos individuales en sentido estricto o una unión de estas situaciones; b) Son derechos conglobantes, que actúan como condición de otros derechos más específicos y dependen de la generación de bienes públicos relacionales, originando como contrapartida deberes públicos y privados; c) Los bienes públicos relacionales, son condición y modulan el contenido de estos derechos, que, en consecuencia resultan indisponibles para el estado, el mercado e incluso para sus propios titulares; d) Son transgeneracionales, trascienden el tiempo de su producción y su conservación requiere solidaridad entre las generaciones presentes y las futuras; e) Requieren garantías pluridimensionales, es decir, no solamente jurídicas (estas son indispensables), sino también políticas y sociales; f) Finalmente, estos derechos para desarrollarse en plenitud, necesitan de “regulaciones públicas democráticas que, según los casos, eliminen, minimicen y vinculen jurídicamente a los poderes fácticos innominados privados, estatales o paraestatales que apropian o impiden la generación de los bienes públicos relacionales condición y contenido de esos mismos derechos” (Médici, 2013: 43).

Estos lineamientos conceptuales nos permiten sostener que, como consecuencia de las transformaciones en las sociedades contemporáneas, han surgido nuevas y complejas necesidades que solo pueden encontrar solución en el ámbito colectivo. De este modo, se propone un paradigma que ve más allá de la individualidad y da cuenta de las interrelaciones y la interdependencia de los sujetos concretos. Sin embargo, conforme lo ha demostrado la doctrina, los derechos colectivos no son nuevos derechos, sino una relectura de viejos derechos preexistentes (Gil Domínguez, 2005: 240), de manera tal que, con características y reglas diferentes, coexisten con los derechos subjetivos en idéntica jerarquía, con el objeto de materializar la dignidad de las personas humanas.

Al considerar que se trata de una cuestión novedosa en nuestro derecho, la Comisión Redactora decidió su inclusión en el capítulo referido a los bienes, estableciendo que los derechos subjetivos reconocen como límites a ciertos bienes colectivos objeto de tutela como el desarrollo, el consumo sustentable o el medioambiente (Lorenzetti et al., 2012: 23).

Esta decisión es consonante con el principio de función social de la propiedad privada, que se encuentra previsto en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con

jerarquía constitucional en el derecho argentino. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en el Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador (2008) que:

El derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional. (CIDH, Serie C N°229 § 60).

Así, el nuevo artículo 240 reza:

Artículo 240.- *Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.* El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Artículo 241.- *Jurisdicción.* Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

Las Secciones 1º y 2º a las que hace referencia el artículo se ocupan respectivamente de los conceptos fundamentales y clasificación de los bienes y cosas, por un lado, y de los bienes en relación con las personas, por el otro.

Este artículo 240 resulta innovador respecto del Código de Vélez Sarfield y de las otras propuestas de reformas. Como lo destaca la propia Comisión:

En tanto conforme al título preliminar se reconocen derechos individuales que recaen sobre bienes que integran el patrimonio y derechos de incidencia colectiva que son indivisibles y de uso común, para ser coherente con ese principio, el anteproyecto introduce aquí reglas mínimas relativas al ejercicio de los derechos sobre ciertos bienes privados o públicos o colectivos en relación a los derechos de incidencia

colectiva al incorporar limitaciones y presupuestos mínimos de protección ambiental, de acceso a la información medioambiental y a la participación en las discusiones sobre decisiones medioambientales. Además se establece el derecho fundamental de acceso al agua potable (Lorenzetti et al., 2012: 46).

Los presupuestos mínimos para el ejercicio de los derechos de incidencia colectiva referidos en el nuevo Código deberán ser materia de una ley especial.

f) El derecho civil como derecho común, residual y supletorio

Consideramos al derecho civil como ‘derecho común’ porque está destinado a regular todas las relaciones que las personas humanas pueden establecer frente al ordenamiento o con otros sujetos sin consideración de cualidades personales o profesionales. El nacimiento, la niñez y adolescencia, las contingencias de salud o la discapacidad, el matrimonio, la muerte, son cuestiones que nos suceden en nuestro carácter de seres humanos y, por lo tanto, el derecho civil está destinado a todos y todas.

Por su parte, aunque el derecho privado reconoce hoy otras ramas como el derecho mercantil, el derecho laboral o el derecho agrario, constituye el tronco común de todo el derecho privado. De este modo, el derecho civil cumple una función ‘residual’ en tanto es la disciplina que regula aquellos casos no previstos en otros microsistemas legislativos.

Finalmente, importantes aspectos del derecho civil, como el derecho de los contratos, constituyen normas de ‘derecho supletorio’ en tanto están llamadas a regir solo en aquellas cuestiones que las partes no han regulado expresamente al celebrar el contrato.

En este punto es importante señalar que el CCCU contiene numerosas normas que no revisten carácter supletorio, y que no pueden ser dejadas de lado por las partes al contratar. El régimen de capacidad de las personas y el derecho relativo a las relaciones de familia y al matrimonio son normas de orden público.

2. LA CODIFICACIÓN

a) La Codificación Civil en Argentina: Antecedentes del Código Vélez Sárfield. Principales Reformas.

La decisión de legislar el derecho privado con el método de un código tiene su raíz en la Revolución Francesa y en el Código Napoleón

de 1804 que influenció el proceso de codificación de países de diversas tradiciones culturales y jurídicas. En el caso de Argentina el Código Civil de Vélez Sarfield (1869) fue visto como un extraordinario elemento de cohesión nacional en tanto se constituyó en la norma fundamental de las relaciones económicas en todo el territorio.

Al igual que el Código Napoleón, el Código Civil de la República Argentina se caracterizó por estructurar los siguientes criterios: el carácter absoluto del derecho de propiedad, el valor absoluto de la palabra empeñada expresado en el principio de autonomía de la voluntad, el derecho de familia concebido alrededor de la idea de matrimonio indisoluble y la responsabilidad civil basada en la culpa (Rivera y Medina, 2014).

Desde su entrada en vigor en 1871, comenzó un agudo proceso de descodificación con la aparición de diversas leyes especiales que fueron relativizando el rol monopólico que originalmente se le había asignado como fuente excluyente de las relaciones de derecho privado. Así, se sancionaron entre otras, la Ley de matrimonio civil 2393 (1926), la Ley de derechos civiles de la mujer 11357 (1926), el Régimen de menores y familia Ley 14394, que además reguló la simple ausencia, la ausencia con presunción de fallecimiento y el bien de familia (1954).

La más trascendente reforma parcial del Código Civil de la República Argentina llegaría en 1968 con la sanción de la Ley 17711, pero esta no operaría como una desmembración sino como una transformación al interior del Código. Es así que introdujo diversas instituciones que contribuyeron a limitar la autonomía de la voluntad (la buena fe, el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión), incorporó factores objetivos de atribución de responsabilidad civil y morigeró el carácter absoluto del derecho de propiedad receptando la figura del abuso del derecho.

Pese a esta trascendente actualización del Código Civil, el proceso de descodificación continuó avanzando y se expresó en la sanción de numerosas leyes como la Ley de filiación y patria potestad 23264 (1985), la Ley de matrimonio civil 23512 (1987), la Ley de defensa al consumidor 24240 (1993) y la Ley de matrimonio igualitario 26618 (2010).

b) La Constitucionalización e Internacionalización del Derecho Privado.

El proceso de constitucionalización e internacionalización del derecho privado comienza con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos a partir de la segunda mitad del Siglo XX, que implicó la aprobación de una serie de instrumentos internacionales que

establecieron un estándar mínimo de derechos que todo estado debe reconocer a los individuos bajo su jurisdicción.

A partir de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948, se dio inicio a un camino sin retorno que fue perfeccionándose mediante la creación de diversos órganos y mecanismos de protección que permitieron a los individuos acudir a instancias internacionales cuando eran víctimas de violaciones de derechos humanos en sus estados de nacionalidad o residencia.

En el caso de Argentina, este fenómeno se acentuó con la reforma constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos⁴, a la vez que estableció un procedimiento para otorgarle la misma jerarquía a otras normas del mismo carácter⁵.

Sin duda este proceso ha tenido una marcada influencia en el derecho privado al fijar bases comunes entre la constitución, el derecho público, el derecho privado y los tratados internacionales de derechos humanos.

c) El Código Civil y Comercial Unificado. Aspectos valorativos.

El campo del derecho privado en nuestro país se ve agitado por la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que sustituye al que, con sucesivas reformas, rigió por más de 150 años.

La Comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, cumpliendo con los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011, presentó el ‘Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación’ que, luego de su debate en el Congreso de la Nación fue convertido en ley en el corriente mes, con algunas modificaciones respecto del texto originalmente proyectado. Junto al Anteproyecto, la Comisión ha presentado sus Fundamentos, en los que se detalla tanto el método como los principios que lo inspiraron.

4 Nos referimos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo primero, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre la prevención y sanción del delito de Genocidio, la Convención de Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la eliminación de toda forma de Discriminación Racial, y la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer.

5 Mediante este procedimiento adquirieron jerarquía constitucional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014) se presenta como una alternativa a la tradición romana, hispánica y francesa que caracteriza al Código Vélez Sarfield –con su consiguiente división tajante con el derecho público–, mediante la constitucionalización del derecho privado, que se erige entre sus premisas axiológicas (Lorenzetti et al., 2012: 4). De este modo, se pretende crear coherencia entre el derecho civil y el bloque de constitucionalidad federal que integran la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Al presentar el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, la comisión redactora decidió incluir en sus fundamentos una serie de aspectos valorativos que ilustran la nueva norma y subrayan el contenido ideológico de este nuevo código.

Algunos aspectos valorativos que caracterizan el Anteproyecto que presentamos se pueden resumir en los siguientes principios:

Código con identidad cultural latinoamericana. Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios en los códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 1870; Perú, 1852; Chile, 1857; Argentina, 1871 y Brasil, 1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región.

Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una

reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Código de la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

Código basado en un paradigma no discriminatorio. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

Código de los derechos individuales y colectivos. En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño. En materia de bienes. La mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto.

Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación *in vitro*; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente

en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas.

Estos valores y principios están muy presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable (Lorenzetti et al., 2012: 4-5).

d) Título Preliminar: Sistema de Fuentes (artículo 1). Interpretación (artículo 2)

Entre las decisiones metodológicas que adoptó la Comisión se encuentra la de la inclusión de un Título Preliminar, siguiendo la histórica tradición del Código Vélez Sarfield.

En ese título preliminar, y bajo el presupuesto de que el Código constituye el centro del ordenamiento jurídico privado (Lorenzetti et al., 2012: 10), se incluyen las reglas generales de todo el sistema, pero no reglas destinadas exclusivamente al juez, sino también reglas para el ejercicio de los derechos, cuyos destinatarios son los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que lo orientan valorativamente (Lorenzetti et al., 2012:12).

El Título Preliminar comienza marcando cuál es el sistema de fuentes aplicable. Al respecto señala Marisa Herrera:

Este primer artículo coloca al CCyC en su justo lugar, ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes: a) leyes aplicables (el propio CCyC, en primer lugar, y las leyes complementarias) que deben, precisamente, estar en total consonancia con

la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte (...) b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente; y iii) siempre que no sean contrarios a derecho (Herrera et al., 2015: 5)

A continuación, el artículo 2 establece cómo deberán ser interpretadas las normas:

Al regular las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmandose así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio CCyC y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el artículo 1° CCyC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el artículo 2° de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico. Esto, justamente, se relaciona con la coherencia a la cual alude el articulado en análisis en su última parte; más específicamente, con que la teoría (en especial, el CCyC) y la práctica (la interpretación al resolver los casos) interaccionen de modo coherente. (Herrera et al., 2015: 13)

e) La ley: ámbito subjetivo (artículo 4), vigencia (artículo 5)

Los dos artículos siguientes del Título Preliminar no ofrecen mayores dificultades interpretativas. El artículo 4 establece el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, que alcanza no solo a los nacionales sino también a los extranjeros que se encuentren dentro del territorio. La ley es imperativa dentro del territorio argentino como consecuencia los principios de soberanía e igualdad ante la Ley previstos en nuestro ordenamiento.

El artículo 5, por su parte, fija el momento desde el que rigen las leyes. Si estas lo determinan en forma expresa será el día previsto el que marcará su entrada en vigor. Si nada dicen, se producirá luego del octavo día desde su publicación. Actualmente el Boletín Oficial se edita solo en soporte electrónico.

f) Los modos de contar los intervalos del derecho.

La norma prevista en el artículo 6 del CCCU es lo suficientemente clara y comienza definiendo a cada intervalo.

Así, se entiende por día: el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, siempre queda excluido el día

desde el que se comienza a contar, o sea, el plazo comienza a correr al siguiente. Cuando los plazos están fijados en meses o años, ellos se computan de fecha a fecha. Por otra parte, se aclara que para el supuesto excepcional en el que el mes del vencimiento no tuviera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. También se aclara que los plazos vencen a la hora 24 del día del vencimiento respectivo, que el cómputo de los plazos civiles es de días completos y continuos, y que no se excluyen los días inhábiles o no laborables. Por último, en lo que respecta a los plazos, cuando estos son fijados en horas, ellos comienzan a contarse desde una hora determinada, quedando esa hora excluida del cómputo, por lo cual el plazo comienza a correr desde la hora siguiente (Herrera et al., 2015: 21-22)

g) Derecho transitorio.

El artículo 7 si ha dado que hablar en la doctrina, en tanto se ocupa de la cuestión de la aplicabilidad de las normas jurídicas en el tiempo. El problema se presenta frente a hechos, relaciones o situaciones jurídicas que producen efectos continuados en el tiempo. En especial, aquellas que han nacido al abrigo de una norma, y sufren la modificación legislativa durante el curso de su vigencia.

Como regla general, nuestro CCCU establece la vigencia inmediata de la ley, lo que significa que la nueva ley se aplica:

- a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan o se constituyan en el futuro;
- a las relaciones y situaciones jurídicas existentes en cuanto no estén agotadas;
- a las consecuencias que no han operado todavía

Ahora bien, a los efectos que nos interesan en esta asignatura, debemos distinguir que el efecto inmediato aplica a las relaciones jurídicas regidas por la ley. En cambio, cuando nos encontramos frente a relaciones regladas por particulares –típicamente contratos– donde la ley opera de modo supletorio solo se aplica a los contratos constituidos después de la sanción de la nueva ley y no a los que se encuentran en curso de ejecución.

Ello así porque es razonable pensar que al momento de su celebración, los contratantes pudieron haber omitido el tratamiento de algunas cuestiones específicas en el entendimiento de que estas ya se encontraban reguladas en la ley supletoria.

h) Ejercicio de los derechos y sus límites (arts. 9/14).

Nos hemos referido antes a las diversas teorías sobre la naturaleza del derecho subjetivo. Cualquiera sea la perspectiva que se adopte al respecto, y a la luz de las transformaciones del Derecho Civil, debe reconocerse que, sea como esfera de autonomía, sea como interés tutelado, o sea como posición jurídica, existen límites al disfrute del derecho, que surgen de su propia regulación jurídica. Hemos hablado antes de los derechos colectivos como límites al ejercicio de los derechos subjetivos. Abordaremos ahora los restantes.

i) El principio de buena fe.

A diferencia de la Ley 17711, que incorporó el principio de buena fe como criterio de interpretación de los contratos, el nuevo Código lo establece como principio general que regla el ejercicio de los derechos, así el artículo 9 establece:

Artículo 9.- *Principio de buena fe.* Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Esta nueva ubicación del principio, lo eleva, en la metodología propuesta, como pivote fundamental no solo de la interpretación contractual, sino también como directiva para el ejercicio de los derechos subjetivos que a la vez confiere una significación a todo el Código.

La propuesta de su inclusión en el título preliminar, busca responder al proceso histórico de generalización creciente de este instituto, que llevó a la regla de la buena fe desde una aplicación específica y sectorial, a una extensión que finalmente la convirtió en principio general del derecho.

Esta propuesta se traduce además en el enunciado normativo escogido, que resulta comprensivo “tanto la buena fe, en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva), así como la denominada buena fe ‘creencia’ (subjetiva), que incluye la apariencia” (Lorenzetti et al., 2012: 20).

A continuación, se regulan una serie de reglas específicas que, como derivaciones del principio, lo complementan.

j) El Abuso del Derecho.

Incorporada al Código Civil mediante Ley 17711, la Teoría del Abuso Del derecho, modifica la regla del Código Vélez Sarfield, al incorporar

la palabra ‘regular’ al texto original del artículo 1071, lo que supone reconocer que el ejercicio irregular o anormal del derecho ‘sí puede’ constituir como ilícito el acto de quien lo ejerce.

El nuevo Código Civil, lo incluye en el artículo 10, que reza:

Artículo 10.- *Abuso del derecho.* El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

El nuevo texto, que emplea la noción ‘fines del ordenamiento’ evita la vinculación al sentido histórico de la norma, de modo que el intérprete puede valorar si la conducta es ‘actualmente’ irregular o abusiva. La Comisión redactora observa que:

Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones:

Los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos.

Es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este título preliminar (Lorenzetti et al., 2012: 22-23).

Ello significa la elección del criterio objetivo para la determinación de la conducta abusiva, y la aplicación de las reglas jurisprudenciales desarrolladas sobre la base de la interpretación del viejo artículo 1071 del Código Velezano. De este modo, podrá invocarse la Teoría del Abuso del Derecho cuando: a) Ese ejercicio sea contrario al fin de la norma (criterio teleológico) desde el punto de vista del ideal colectivo reinante al momento de la realización de los actor; b) Ese ejercicio sea incompatible con la regla de la buena fe entre las partes (conducta desleal), con la moral media o las buenas costumbres; c) Esa desviación pueda producir o produzca un daño grave y d) Finalmente, se acredite el carácter desleal o abusivo de la conducta, aunque no se requiera acreditar culpa (Cifuentes, 2003).

De este modo, se preserva la redacción original, con los siguientes cambios cuya justificación surge de los Fundamentos del Proyecto (Lorenzetti et al., 2012: 22-23)

a) Definición como principio general: se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el título preliminar, lo cual es una importante decisión, porque cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular.

b) Abuso de derecho, de situaciones y de posición dominante en el mercado: El abuso en el ejercicio del derecho tiene una extensa tradición en nuestro país tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Esta elaboración se basa en el ejercicio de un derecho por parte de su titular, pero no comprende otros dos supuestos que han merecido consideración doctrinal:

b.1 Las “situaciones jurídicas abusivas”: en este supuesto el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina.

b.2. El abuso de posición dominante en el mercado: para dar coherencia al sistema, se incluye este supuesto que es diferente del ejercicio abusivo y de la situación jurídica, lo que se hace en un texto separado⁶.

Finalmente, en el último párrafo se incluyen en el artículo propuesto los efectos de la sentencia, que incluye no solo medidas preventivas del daño sino las medidas reparatorias y la reposición al estado anterior si fuera posible.

En el último párrafo de este artículo, analizaremos como la regla del abuso del derecho resultará modificada por el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva como límites al ejercicio de los derechos individuales.

Referencias

- Cançado Trindade, A. A. (1994). Derechos de solidaridad. En: Cançado Trindade, A. A. (coord.) *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo I. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Cifuentes, S. (2003). *Código Civil Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley.
- Gil Domínguez, A. (2005). *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*. Buenos Aires: EDIAR.
- Herrera, M., Caramelo G. y Piscasso, S. (Dir). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.

⁶ Subrayados en el original.

- Kelsen, H. (1992). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, H. y Kemmelmajer de Carlucci, A. (2012). *Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado desde: www.nuevocodigocivil.com.ar
- Médici, A. (2011). *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Edulp. Editorial de la Universidad Nacional de La Plata.
- Médici, A. (2013). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico. *El Otro Derecho*, (48), 19-62.
- Orfila, B.; Silvestre, N. y Vila, A. (1999), Hacia la reparación de daños individuales mediante acciones colectivas, tras la reforma constitucional. *El Derecho, Jurisprudencia, Doctrina y Legislación* en CD Rom.
- Rivera, J.C. y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.
- Sastre Ariza, S. (2001). Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 24, 579-602.
- Savigny, M. F. (1879). *Sistema de derecho romano actual*. Madrid: Góngora.
- Von Ihering, R. (1946). *La dogmática jurídica*. Buenos Aires: Losada.

Actividades

1. A partir de una lectura del artículo 1 del CCCU, investiguen cuál es el alcance de la expresión “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos de los que la República sea parte”.
2. Elaboren tres ejemplos en los que se exprese un potencial conflicto entre el ejercicio de un derecho subjetivo individual y un derecho de incidencia colectiva. Discutan en grupo sobre una solución posible a ese conflicto sobre la base de la respuesta normativa vigente.
3. A partir de los aspectos valorativos enunciados por la Comisión Redactora del CCCU, elabore una lista de innovaciones de la nueva norma en la que se expresen cada uno de esos aspectos.

Lección 

Persona humana
Ivana Cajigal Cánepa

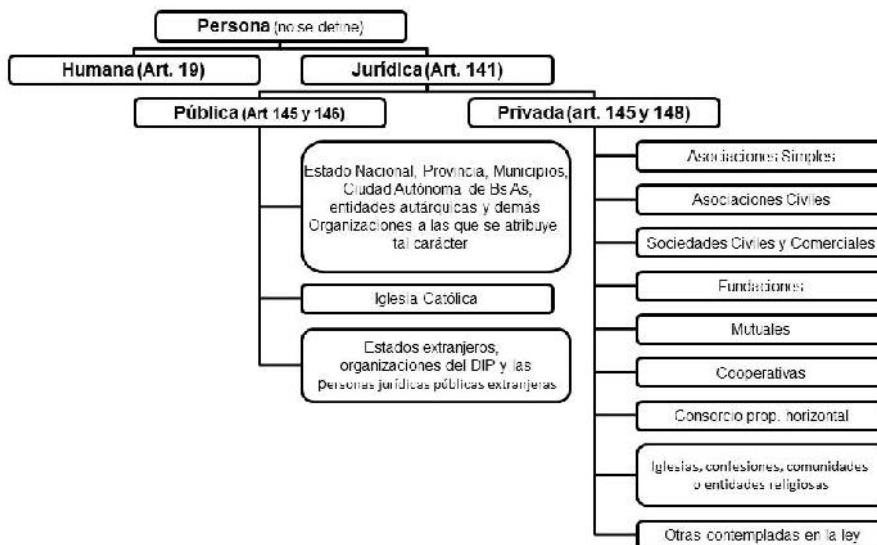
1. LA PERSONA HUMANA. GENERALIDADES

a) Concepto de Persona. Especies.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos clases de personas:

- Humana: regulada en los artículos 19 a 140 del C.C.C.U.(Libro Primero “Parte General”, Título Primero), la que trataremos en esta Lección II; y
- Jurídica: a la que refieren los artículos 141 a 224 del CCCU (Libro Primero “Parte General”, Título Segundo), que será analizada en la lección III, a la que remitimos.

Imagen 2



Elaboración propia.

A su vez, en cuanto a la persona humana, históricamente se han señalado dos corrientes:

- Iusnaturalista: anclada en la Escuela del Derecho Natural –desarrollada fuertemente en los siglos XVI y XVII– para la cual ‘ser humano’ y ‘persona’ son sinónimos. El ser humano es así una categoría preexistente, anterior al ordenamiento jurídico, una realidad a la que el derecho no puede dejar de reconocer en cuanto persona y titular de un plexo de derechos que le son propios por su sola condición de tal.
- Normativista: distingue al ‘ser humano’ en cuanto realidad natural; de la ‘persona’, que constituye una categoría jurídica; es decir, que ese hombre solo será persona en tanto sea capaz de adquirir derechos y deberes jurídicos, y ello ocurre cuando el ordenamiento jurídico así lo autorice. En otras palabras ‘hombre’ es un concepto de la naturaleza; en tanto que ‘persona’ es un concepto jurídico, un centro de imputación de normativa. En esta línea de ideas, Kelsen sostenía: “Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de las normas jurídicas” (1983: 126-127).

El CCCU no trae una definición de ‘persona humana’, sino que solo refiere a ella, en la consideración de que resulta innecesario aportar una definición.

De todos modos, a partir del proceso constitucionalización del derecho privado y del reconocimiento de los Tratados de Derechos Humanos que componen el ‘bloque de constitucionalidad’ (artículo 75 inc. 22 Constitución Nacional), no puede dudarse ya que la condición de humanidad es el único requisito que se requiere para ser persona. Uno de estos Tratados, la Convención Americana de Derechos Humanos –conocida como Pacto de San José de Costa Rica– expresa respectivamente en sus artículos 1, 2 y 3: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” y “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. En un mismo sentido, el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, identifica los aspectos antropológico-filosófico y jurídico. También la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 6 establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas sus partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”; y el 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, reconoce que “toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales.

Es decir, que solo se requiere la condición humana para ser considerado persona y todas las personas, tanto nacionales como extranjeros, iguales entre sí (artículo 16 y 20 de la Constitución Nacional)

De allí que pueda concluirse que la persona “(...) es un concepto anterior al derecho que el ordenamiento jurídico se limita a reconocer (...)” (Rivera y Crovi, 2016: 210).

b) Comienzo de la existencia. La condición del nacimiento con vida.

Tradicionalmente, nuestros códigos civiles han reconocido que la existencia de la persona humana comienza con la concepción.

El CCCU dice:

Artículo 19. *Comienzo de la existencia.* La existencia de la persona comienza con la concepción.

Pero pese a esa afirmación categórica, la norma citada no explica qué se entiende por concepción, circunstancia que ya durante la vigencia del Código Civil velezano había generado un arduo debate doctrinario, y –dada la redacción del artículo 19 actual– continúa siendo fuente de diversas interpretaciones.

La respuesta a este interrogante nos exige distinguir dos situaciones diferentes:

En la concepción ‘natural’, es decir, la que se deriva necesariamente de un acto sexual entre personas de diferente sexo, en la cual el óvulo es fecundado por el espermatozoide femenino dentro del cuerpo de la mujer, debemos, a su vez, destacar dos posturas. Una primera, identifica la concepción como sinónimo de fecundación; y una segunda sostiene que habrá concepción cuando exista embarazo. De todos modos, a los fines prácticos, no se generan mayores inconvenientes jurídicos se adopte una u otra postura.

Pero la cuestión adquiere importancia en los supuestos en que la fecundación (entendida como unión del óvulo por el espermatozoide) tiene lugar en forma extracorpórea o in vitro, es decir, fuera del ‘seno materno’. En estos casos, también pueden distinguirse, al menos, dos posturas. Una primera tesis sostiene que el término ‘concepción’ contenido en el artículo 19 del CCCU debe interpretarse como sinónimo de fecundación, aún en los supuestos en que ello ocurra fuera del cuerpo de la mujer. Desde otro punto de vista, se entiende que la existencia de la persona humana comienza cuando ese embrión es implantado en el cuerpo

de la persona. Este criterio es el adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que con fundamento en pruebas científicas, distinguió dos momentos: la fecundación del óvulo y la implantación del embrión, considerando que recién cuando ha ocurrido esta última puede afirmarse que la persona humana ha comenzado a existir. Al respecto este tribunal internacional ha dicho: “si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibirá los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (Fallo “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012).

Ahora bien, más allá que nuestro ordenamiento jurídico reconoce, como vimos, que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, debe tenerse en cuenta que esa personalidad se encuentra sometida a un hecho natural: la condición de que nazca con vida. De allí que si la persona muriera antes del nacimiento se considera como si nunca hubiera nacido en cuanto a los efectos jurídicos.

Artículo 21. *Nacimiento con vida*. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.

Una vez que la persona ha sido concebida, puede adquirir derechos y contraer obligaciones. Si luego nace con vida, quedarán adquiridos en forma irrevocable; en cambio, si muriera antes de nacer, se entenderá que dicha persona nunca existió.

Por nacimiento se entiende el alumbramiento, la separación del niño/a del cuerpo de la madre. Ocurrido el nacimiento, se presume que ha nacido con vida; quedando en manos de quien sostenga lo contrario probar que ello no ha sido así.

c) Fin de la existencia.

Artículo 93. *Principio general*. La existencia de la persona humana termina por su muerte.

La existencia de la persona termina con otro hecho jurídico natural: su muerte, que se prueba como principio general por la partida emitida por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El CCCU no define la muerte, quedando ello en manos de otras ciencias, como la medicina o la biología.

De allí que la persona suponga la existencia de un sustrato real, que es el soporte de la personalidad; y la extinción de la vida humana determine la desaparición de ese requisito esencial de la personalidad jurídica (Bueres y Highton, 2001: 598).

Resulta indiferente que la causa de la muerte haya sido natural, por un hecho violento o un accidente. Los efectos principales de la muerte, son la extinción –en principio– de los derechos y obligaciones extrapatrimoniales de la persona y la transmisión por sucesión de los derechos de contenido patrimonial a sus sucesores.

Por otro lado, existe la posibilidad de que una persona sea declarada presuntamente fallecida mediante una sentencia judicial (sistema previsto en los artículos 85 a 92 del CCCU), cuando se dieran supuestos de ausencia sin que se tengan noticias de ella. Estos casos importan una ficción del derecho tendiente a regular las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de personas ausentes, respecto de las cuales existe incertidumbre sobre su existencia con vida, certeza que –en principio– nunca se llegará a tener.

2. DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Uno de los temas tratados en esta lección que mayor discusión doctrinaria genera es, precisamente, la naturaleza jurídica de los derechos personalísimos.

Siguiendo la opinión mayoritaria, pueden definirse como derechos subjetivos especiales, de objeto interior y contenido extrapatrimonial, que le corresponden a toda persona humana por su sola condición de tal, y que por tanto resultan inalienables, imprescriptibles, oponibles *erga omnes* y relativamente indisponibles.

De esta definición podemos extraer sus principales caracteres:

- De objeto interior: el bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico en esta clase de derechos es ‘interno’ del sujeto e inherente a la condición humana.
- Extrapatrimoniales: no poseen un contenido patrimonial, si bien puede reclamarse un resarcimiento económico en caso de afectación de algún derecho personalísimo
- Esenciales: corresponden a toda persona por su sola condición, no existiendo por tanto la posibilidad de disociarlos de ella.
- Inalienables: no se encuentran incluidos dentro del tráfico jurídico

- Imprescriptibles: dado que no se pierden ni se adquieren por el mero transcurso del tiempo.
- Oponibles *erga omnes*: en virtud de que estos derechos son exigibles ‘respecto de todos’, en otras palabras, pueden hacerse valer ‘frente a todos’.
- Relativamente indisponibles: ya que si bien se puede renunciar al ejercicio de algunas facultades, por ser inseparables de la persona no se puede disponer de ellos. Por tanto, solo se podrá disponer de ellos si se cuenta con el consentimiento expreso de su titular (que es de interpretación restrictiva), el que solo será válido en tanto no sea contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres y podrá ser revocado en todo momento sin que ello genere consecuencias jurídicas.

El CCCU contempla tanto los derechos como los actos personalísimos, en tanto actos de la propia persona que implican un ejercicio del ámbito de libertad y autorreferencia que es inherente a la condición de persona humana.

Los derechos personalísimos en su conjunto reconocen como principal fundamento que la persona tiene un valor en sí mismo y como tal debe reconocérsele una dignidad, a la vez que constituyen la manifestación de un compromiso internacional asumido por nuestro país – mediante la suscripción de numerosos Tratados de Derechos Humanos, muchos de los cuales gozan de jerarquía constitucional (artículo 75 inc. 22)– de desarrollar un derecho protector de los derechos humanos en general y de los personalísimos en particular.

El CCCU regula los derechos personalísimos en el Capítulo 3 “Derechos y Actos Personalísimos, del Título I “Persona Humana, del Libro I “Parte General”, de los artículos 51 a 61.

En el primero de estos artículos, el CCCU expresa:

Artículo 51. *Inviolabilidad de la persona humana*. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Esta norma constituye la base sobre la cual se edifica todo el sistema del CCCU en protección de los derechos personalísimos, reconociendo que la inviolabilidad de la persona humana y el reconocimiento de su dignidad el fundamento de la protección del conjunto de estos derechos.

Al respecto, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que:

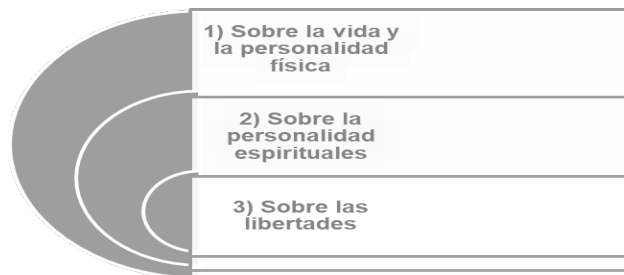
(...) el hombre es el eje dentro de todo el sistema jurídico, y, en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental” (fallos 316:479, votos concurrentes)

En cuanto a sus mecanismos de protección, el CCCU (artículo 52 y ss. y 1740) reconoce una doble esfera de protección:

- La prevención del daño (frente a la amenaza cierta y concreta de su producción)
- La reparación integral del daño cuando ya se haya producido.

La persona perjudicada puede a su vez solicitar la publicación de la sentencia dictada en su favor, o bien, la de sus partes pertinentes.

Imagen 3



Elaboración propia.

Si bien el CCCU no brinda una clasificación de los derechos personalísimos, podemos distinguir:

a) Sobre la vida y la personalidad física.

La vida, suele ser indicada como el ‘primer derecho personalísimo’, a partir de su recepción normativa en el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, que expresa: “1.Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...)”.

Respecto de este derecho, se ha dicho que “desde el mismo momento en que existe la persona, surge un marco de indisponibilidad de carácter absoluto para los terceros. En efecto, desde que hay persona, surge el

derecho personalísimo a la vida, y nadie puede disponer válidamente sobre ella” (Córdoba J. y Sánchez Torres J., 2000).

Dentro de estos derechos, además de la vida, se protege también el cuerpo humano, disponiéndose que en principio son nulos los actos jurídicos que tengan por objeto todo o alguna parte de él, aun cuando fueran partes renovables; sin perjuicio de que luego de separadas puedan ser consideradas cosas que están en el comercio y por tanto susceptibles de negociación contractual.

En cuanto a los denominados ‘actos peligrosos’ se establece la prohibición de exigir a una persona el cumplimiento de un contrato que tenga por “objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad”. Solo en con carácter excepcional serán exigibles dichos contratos cuando “correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias” (artículo 54 CCCU).

Singular importancia posee el artículo 59 (2º y 3º párrafo), en el que se sienta el principio de que nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, entendiéndose por tal:

la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, sobre diversos aspectos que la propia norma menciona (ej. estado de salud, procedimiento, beneficios esperados, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, etc.) y que en su conjunto constituyen la información sanitaria que se exige como requisito previo a un consentimiento informado válido.

En general, se reconoce protección jurídica tanto a la autodeterminación de las atribuciones que cada persona posee sobre su propio cuerpo y sobre el cadáver en ejercicio de su autonomía (la que se limita por razones de orden público). Y a la vez, la integridad es protegida mediante un conjunto de herramientas jurídicas que brinda el ordenamiento frente a las posibles agresiones del Estado o de otros terceros en los derechos personalísimos.

Siguiendo esta línea, el artículo 60 del CCCU reconoce expresamente la posibilidad de dictar directivas médicas anticipadas:

Artículo 60. *Directivas médicas anticipadas.* La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

De todos modos, pese a la entrada en vigencia del CCCU, la protección jurídica de muchos derechos sobre la personalidad física la encontramos en un conjunto de leyes anteriores al mismo, conocido genéricamente como ‘legislación sanitaria’, que regulan diversas manifestaciones. Entre ellas, podemos mencionar:

- Los derechos del paciente (Ley 26529): de asistencia, autonomía en las decisiones vinculadas a su cuerpo y su salud, trato digno, confidencialidad, intimidad, interconsulta, información sanitaria, acceso a su historia clínica, etc.
- La posibilidad de cambiar su sexo y de realizar todos los tratamientos médicos y quirúrgicos que ello requiera, los que están incluidos en el plan médico obligatorio (Ley 26743).
- La posibilidad de la persona mayor de edad y capaz de someterse a prácticas esterilizantes (Ley 26130).
- Los vinculados a los trasplantes de órganos, tanto entre vivos como cadavéricos (Ley 24193).

b) Sobre la personalidad espiritual.

Dentro de este grupo, se protege un conjunto de derechos que no redundan ya en aspectos tangibles, sino en otros denominados genéricamente ‘espirituales’ que procuran el pleno desarrollo de la personalidad humana en su dimensión moral o social a fin de lograr el máximo desarrollo del potencial físico y espiritual.

El artículo 52 del CCCU contempla a varios de los ‘derechos de la integridad espiritual’, todos los cuales se presentan estrechamente relacionados. Ellos son:

- La intimidad: se incluyen en ella dos manifestaciones: por un lado, el denominado *right to be alone* (derecho a ser dejado solo) y, por otro, al resguardo del ámbito familiar. La protección alcanza tanto el secreto o reserva de los actos de la vida privada como el secreto de la correspondencia, sea cual fuere el medio utilizado (papel, formato digital, auditivo, fílmico, etc.), el domicilio, los datos personales, etc., y en general el derecho de excluir la intromisión de terceros de esa ‘zona de reserva’ que goza de máxima protección constitucional conforme el artículo 19 de la Constitución Nacional y que se fundamenta en el derecho de toda persona de definir cuál constituye su ámbito de intimidad

que debe ser alcanzado por esta protección, dándole a sus actos mayor o menor reserva, según su decisión personal.

- La imagen: redundante en el derecho a oponerse a que otras personas, capten, difundan, publiquen, o comercialicen su imagen por cualquier medio (fotográfico, auditivo, fílmico, u otro), aun cuando no resulte lesionada la privacidad o la fama de la persona. De allí que el artículo 53 del CCCU exija contar con el consentimiento de una persona para la reproducción de su imagen o su voz salvo tres excepciones: que se encuentre participando de un acto público, que exista un interés científico, cultural o educacional, o bien que se trate de acontecimiento de interés general y no se traspase el límite del ejercicio regular del derecho a informar.
- La identidad personal, entendida como

(...) La identidad de la persona, en tanto inescindible unidad psicosomática, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente físico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta psicológica, espiritual, cultura, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, perfilan el ser “uno mismo”, diferente a los demás, no obstante que todos los seres humanos son iguales (Fernández Sessarego, C, 1990: 1248).

La protección jurídica de este derecho comprende así tanto la identidad ‘estática’, que involucra los aspectos genéticos y biológicos de una persona, como la identidad ‘dinámica o social’, conformada por el conjunto de atributos y cualidades que la persona va definiendo, deconstruyendo y reconstruyendo a lo largo de su vida y que configuran su personalidad.

- Finalmente, se reconoce dentro de esta categoría de derechos al honor (también conocido como honra) y a la reputación (a la que habitualmente se refiere como fama). El primero se vincula con el denominado ‘honor subjetivo u honra’, es decir el sentimiento íntimo de cada persona sobre su dignidad y la de su familia. La segunda, refiere a la consideración social de que goza una persona, a su ‘buen nombre’.

c) Sobre las libertades.

La libertad de las personas está protegida y asegurada tanto por el derecho internacional público de raigambre constitucional (artículo 75

inc. 22 de la Constitución Nacional), como por el derecho interno, desde nuestra Carga Magna, hasta por el derecho de fondo, tanto en la esfera pública (constituyendo delito las privaciones de la libertad personal), como privada.

Como todo derecho, la libertad no es absoluta, sino que puede ser restringida dentro de los límites legales, en consonancia con el artículo 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dice: “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause un perjuicio a otro”.

Entiende Escudero de Quintana (2016: 162):

Como todo derecho personalísimo la libertad es radicalmente indisponible pues sólo en casos puntuales puede la persona sujetarse a la voluntad y/o acción de otra persona, u obligarse a hacer o no hacer algo en favor de otro sujeto; si resulta razonable la restricción y el tiempo de duración, cae en la esfera de libertad del sujeto, es una manifestación de ésta. Las limitaciones o restricciones que se impongan por terceros sobre el derecho a la libertad deben ser razonables y proporcionadas, fundadas en la existencia de un valor que, de conformidad a las circunstancias, deba darse preeminencia.

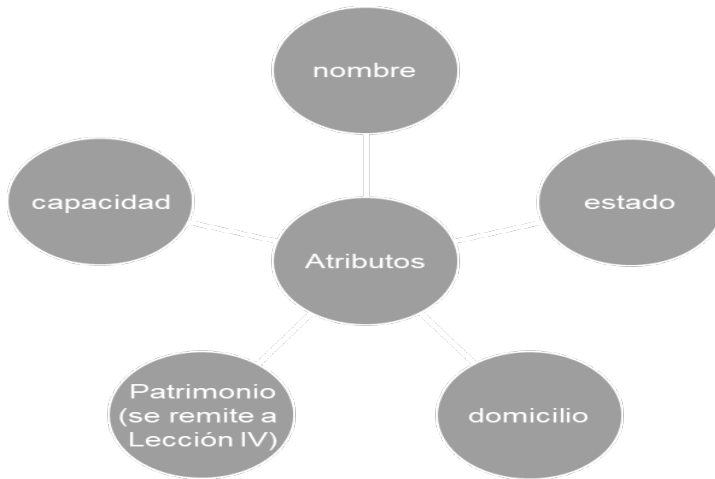
Dentro de esta categoría, pueden incluirse como sus principales manifestaciones:

- La libertad física, o de movimiento, también llamada de locomoción o desplazamiento
- La libertad espiritual, que incluye el derecho de realizar o no actos jurídicos
- La libertad de conciencia o de culto,
- La libertad de expresión de las ideas

3. ATRIBUTOS DE LA PERSONA

Son las “cualidades o circunstancias que hacen a la esencia de su personalidad y que la determinan en su individualidad” (Rivera y Crovi, 2016: 325), sin los cuales no podría existir. Ellos son:

Imagen 4



Elaboración propia

Entre sus principales características, podemos mencionar:

- Necesarios: al determinar la individualidad de la persona, esta los tiene en todo momento de su existencia.
- Innatos: se adquieren desde que se es persona, y en plenitud desde el nacimiento.
- Vitalicios: porque se tienen durante toda la vida de la persona y se extinguen con ella.
- Inalienables: se encuentran fuera del comercio, no pueden ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales.
- Imprescriptibles: no se adquieren ni se pierden por el transcurso del tiempo.

a) Nombre.

Es la identificación denominativa de la persona en la sociedad

Artículo 62.- *Derecho y Deber*. La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.

Está compuesto de los elementos:

Prenombre

Es el nombre de pila de la persona, predominando en su elección la autonomía de la voluntad. El C.C.C.U. establece dos tipos de restricciones a dicha autonomía (artículo 63):

- cuantitativa: impidiendo utilizar más de tres prenombrados,
- cualitativa: en tanto no pueden emplearse apellidos como prenombrados, primeros prenombrados idénticos a primeros prenombrados de hermanos vivos, ni prenombrados extravagantes; aclarando la norma que pueden utilizarse “(...) nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas”.

Se establece a su vez un orden secuencial de quienes pueden elegirlo: en primer lugar los padres o quienes ellos autoricen; y ante la falta o impedimento de uno, por el otro; y finalmente si tampoco puede hacerlo corresponde el derecho a los guardadores, el Ministerio Público o un funcionario del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Debe realizarse una mención especial al prenombre del hijo/a adoptado/a, ya por aplicación del principio rector de su interés superior y en resguardo de su identidad, la ley exige respetar el nombre de pila con el que desde su nacimiento, o incluso antes de él, se lo ha identificado. Al respecto dice el CCCU:

Artículo 623.- *Prenombre del adoptado.* El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

Apellido

Es el ‘nombre de la familia’. Al hablar de apellido debe distinguirse: el ‘doble apellido’, que es el apellido de un progenitor sumado al apellido del otro (ej. Díaz Vélez; del ‘apellido compuesto’, que es el integrado por dos apellidos inseparables (ej. López de Lacalle)

Reglas para la determinación del apellido

1) Hijo matrimonial o extramatrimonial con filiación simultánea

Artículo 64.- *Apellido de los hijos.* El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.

Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.

La norma no distingue entre la situación del hijo cuyos progenitores sean del mismo o diferente sexo (principio de igualdad); siendo en primer lugar la voluntad de los progenitores la que determina la composición del apellido de los hijos.

Como regla general, los hijos matrimoniales o extramatrimoniales cuya filiación es determinada simultáneamente respecto de los dos progenitores (los dos reconocen al hijo como tal), llevan el primer apellido de alguno de los ellos. La ley no determina el de cuál, sino que queda librado a su autonomía de la voluntad; pero si no se pusieran de acuerdo, se sortea dicho orden en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, evitando la judicialización del conflicto.

Existe a su vez la posibilidad de que los padres quieran adherir el apellido del otro progenitor, en cuyo caso, solo se exige que todos los hijos en común de ambos lleven el mismo apellido o la integración compuesta que han elegido para el primero.

También se reconoce al hijo cuando tenga edad y grado de madurez suficiente el derecho de adherir el apellido del otro progenitor.

II) Hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial

De acuerdo al artículo 62 del CCCU, lleva el apellido del progenitor que lo reconoce. Y si luego es reconocido por el otro, los progenitores acuerdan el orden de los apellidos, y si no hay acuerdo lo decide el juez de acuerdo al interés superior del niño de acuerdo a las circunstancias de cada caso (por ejemplo, si ya es conocido socialmente con un apellido).

III) Hijo adoptivo

En caso de adopción, ya se ha expresado al analizar el prenombre, que este en principio se mantiene.

En cuando a las reglas aplicables a su apellido, se encuentran reguladas en los artículo 626 y 627 inc. d) del CCCU.

Respecto de la adopción plena, se establecen cuatro reglas:

- Si el adoptante es una única persona (adopción unipersonal): el hijo lleva su apellido único o bien su doble apellido.
- Si los adoptantes son dos personas (adopción conjunta): el hijo lleva el primer apellido de alguno de los ellos y a falta de acuerdo

respecto del orden se sortea en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Se exige que todos los hijos en común de ambos adoptantes lleven el mismo apellido o la integración compuesta.

- Se prevé con carácter excepcional, que a petición de parte el juez que interviene en el proceso de adopción autorice a agregar o anteponer el apellido de origen al del adoptante (adopción unipersonal) o de uno de ellos (adopción conjunta). Las razones que pueden justificar la excepcionalidad, que están dadas por el respeto a la identidad del adoptado, serán evaluadas por el juez de acuerdo a las circunstancias, pudiendo, por ejemplo, pensarse que si el adoptado es un niño que ya es reconocido socialmente por su apellido de origen y este así lo solicita, ameritaría poder mantenerlo.
- Finalmente, se establece una cuarta regla ‘de cierre’ del sistema, mediante la cual se obliga al juez a ‘valorar especialmente’ la opinión del adoptado cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente. Se reconoce así el derecho del adoptado a expresar su opinión y a que esta sea tenida en cuenta por el juez, como forma de asegurar su derecho a la identidad, pudiendo admitirse que “(..) la sola solicitud de parte del adoptado hace presumir su grado de madurez en este punto” (Herrera, 2016:199).

En la adopción simple, el artículo 627 inc. d) del CCCU dice:

El adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena.

Esta equiparación final, sostiene Herrera, M. (2008: 404 y ss.) se funda en que:

El tipo de adopción no puede ser un obstáculo para que los adoptados sean protagonistas en la construcción de su apellido, so pena de incurrirse en un tratamiento discriminatorio, ya que si bien las situaciones fácticas son distintas, no es así en lo que respecta al ejercicio de un derecho fundamental como es el respeto por la identidad.

Apellido de los cónyuges

Como principio general, el apellido de las personas no se altera por el matrimonio.

Pero el artículo 67 del CCCU permite a cualquiera de los cónyuges: usar el apellido del otro sumado al propio (González Pérez), o bien empleando la preposición ‘de’ (González de Pérez).

En estos dos últimos dos casos, si se disuelve el vínculo matrimonial, en principio no puede continuar usándose el apellido del otro, salvo cuando el juez lo autorice a hacerlo cuando se expongan motivos razonables que lo justifiquen (artículo 67, 2º párrafo).

En caso de viudez, se permite al cónyuge superviviente, como regla general continuar usando el apellido del otro, salvo que contraiga nuevas nupcias o constituya otra unión convivencial (artículo 67, 3º párrafo).

La regla de la inmutabilidad del nombre

El nombre en principio es inmutable por estar comprometido el orden público, tanto en protección de los derechos del individuo como los de la sociedad en su conjunto.

Se prevén dos tipos de modificación:

I) Administrativa

- Del prenombre: supuestos de cambio de identidad de género
- Del prenombre y el apellido: supuestos de apropiación ilegal y sustracción de identidad

II) Judicial

Cuando a criterio del juez existan «justos motivos» que justifiquen el cambio en protección de los derechos de la persona (por ej. la afectación de la personalidad de la persona (artículo 69 CCCU).

Si bien la norma deja un amplio margen a la apreciación de los ‘justos motivos’ por el juez de acuerdo a su sana crítica, se consignan supuestos específicos que deben ser considerados tales: el seudónimo: (modo singular de identificación de quien cumple una actividad literaria, artística, deportiva o afín y otra, siempre que fuere público y notorio); las pautas de raigambre cultural, étnica o religiosa.

Acciones protectorias del nombre

El CCCU establece tres acciones tutelares, en defensa y protección del nombre como atributo de la persona, legitimando para su interposición el interesado, y si ha fallecido sus descendientes, su cónyuge o su conviviente. Pero si estos últimos tres no existieran, se permite a los ascendientes o hermanos iniciar la acción.

Imagen 5



Elaboración propia.

I) Acción de reconocimiento o reclamación

Artículo 71.- *Acciones de protección del nombre.* Puede ejercer acciones en defensa de su nombre:

a) aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado.

Mediante esta acción, se confiere a quien se ha negado, afectado o desconocido el derecho a usar su nombre (por tanto, se requiere que el demandado haya desconocido el nombre de quien lo porta legalmente), la posibilidad de demandar su reconocimiento y de pedir se prohíba toda futura impugnación por quien lo negare. La finalidad de esta acción es obtener el cese en tales conductas y si procede el juez debe ordenar que se publique la sentencia. Como condena accesoria si puede reclamar una indemnización económica si existió daño patrimonial o moral, el que debe ser probado. Muchas veces esta acción se inicia anejada a la acción de reclamación de una filiación.

II) Acción de impugnación, contestación o usurpación

Artículo 71.- *Acciones de protección del nombre.* Puede ejercer acciones en defensa de su nombre:

b) aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso

Esta acción puede presentarla toda persona cuyo nombre es utilizado sin derecho por otra persona para su propia designación. Es decir, que esta última se apodera o usurpa un nombre que no le pertenece. Como finalidad principal se persigue el cese del uso indebido, reconociéndose la posibilidad de reclamar daños y perjuicio si los hubiere y se probaren y de pedir al juez que ordene la publicación de la sentencia.

III) Acción de supresión, uso ilícito o impropio o tutela del buen nombre

Artículo 71.- *Acciones de protección del nombre.* Puede ejercer acciones en defensa de su nombre:

c) aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso.

Se requieren dos requisitos de procedencia, que deben acumularse: el uso del nombre para la designación de un personaje o cosa y que ello cause un perjuicio material o moral a quien inicia la acción (este último debe estar necesariamente presente para justificar la supresión pretendida). La finalidad principal es que se suprima ese medio de individualización del personaje o cosa, pudiendo requerirse accesoriamente una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados y la publicación de la sentencia.

b) Estado.

Borda (1999: 362) define al estado de las personas como:

(...) la posición jurídica que ellas ocupan en la sociedad; o, para decirlo con más propiedad, es el conjunto de calidades que configuran la capacidad de una persona y sirven de base para la atribución de deberes y derechos jurídicos.

Siguiendo a este autor, se puede observar el estado desde tres perspectivas distintas:

- Respecto de las personas consideradas en sí mismas: la edad, el sexo, la salud mental, la profesión u ocupación, etc.
- Respecto de la familia: la posición que uno ocupa en una familia configura el estado familiar, dentro del cual se encuentra el comúnmente denominado 'estado civil'. En este contexto, una persona puede ser soltera, casada, viuda, divorciada, progenitor, hijo/a, hermano/a, pariente, etc. Debe destacarse en este punto que la

‘unión convivencial’, si bien genera algunos derechos y obligaciones en particular que se tratarán al abordarse las LECCIONES XII y XIII, no constituye un nuevo estado de la persona.

- Finalmente, respecto de la sociedad en que la persona vive: puede ser nacional o extranjero.

En definitiva, el estado de una persona, reviste importancia como atributo ya que según cuál sea este, da origen a derechos y obligaciones.

El estado puede estar configurado por simples hechos ajenos a la voluntad del sujeto (ej. nacimiento, muerte), o bien actos jurídicos (ej. matrimonio). Y a su vez puede modificarse voluntariamente (ej. quien ejerce la acción de divorcio) o involuntariamente (ej. la viudez).

Como principio general, el estado se prueba por las partidas, sus copias y fotocopias a partidas (asientos extendidos en los libros del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas) que se expidan sobre la base de dichos asientos, que son instrumentos públicos y como tales crean la presunción legal de la verdad de su contenido en los términos prescriptos por el Código Civil.

La Ley 26413, del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, establece la obligatoriedad de registrar los hechos y actos que modifiquen el estado y la capacidad de una persona en los registros que lleva cada provincia:

Artículo 1: Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, exige cuáles son los libros que cada uno de estos Registros debe llevar:

Artículo 5, segundo párrafo: Las partidas deberán ser autenticadas por autoridad competente. Los nacimientos, matrimonios, defunciones o incapacidades se registrarán en libros por separado, sin perjuicio de que por vía administrativa, se habiliten otros para el asiento de hechos cuyo registro resulte necesario.

Actualmente, los Registros han incorporado un nuevo libro, donde asientan las uniones convivenciales.

c) Domicilio.

El domicilio es el asiento jurídico, en donde puedan reclamar la protección de las leyes.

Imagen 6



Elaboración propia.

Como observamos, en primer lugar, deben distinguirse dos grandes tipos:

- El domicilio general es aplicable a la generalidad de los derechos y obligaciones de los una persona es titular, por ello es un atributo de la personalidad, y goza de la garantía de inviolabilidad del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Para entender el sistema de domicilio que establece nuestro código, es importante tener en cuenta que además de todas las características que son propias a los atributos de la persona, se destaca que es único (es decir, que una persona no puede tener más de uno a la vez).

- El domicilio especial, aplicable solo a determinados derechos y obligaciones, como se verá más adelante.

Domicilio general

Ahora bien, dentro del domicilio general, deben distinguirse a su vez dos tipos:

El domicilio real

Está regulado en el artículo 73 del C.C.C.U., que expresa:

Artículo 73.- *Domicilio real.* La persona humana tiene su domicilio real en el lugar de su residencia habitual. Si ejerce actividad profesional o económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de sus obligaciones emergentes de dicha actividad.

A partir de esta definición legal, se distinguen dos nociones de domicilio general:

- Propia o ‘domicilio real general’: referida a la residencia habitual (que involucraría los elementos objetivos y subjetivos, que se analizan a continuación).
- Impropia o ‘domicilio real acotado o profesional’: vinculada a la actividad profesional o económica de la persona, donde el domicilio queda determinado por el lugar donde esa actividad se desenvuelve, pero sus efectos se encuentran reducidos solo a los derechos y las obligaciones vinculados a dichas actividades.

El domicilio general, presenta a su vez dos elementos configurativos:

- Objetivo: es la residencia, la efectiva presencia de una persona en ese lugar, donde ella vive, donde desarrolla su vida cotidiana.
- Subjetivo: la intención de permanecer en ese lugar y de vivir allí, de que sea en ese lugar su centro de vida, aun cuando transitoriamente pueda no estar físicamente en ese lugar.

Presenta tres características fundamentales:

- Necesidad: siendo un atributo de la persona, todas tienen que tener un domicilio en todo momento. Al respecto, el artículo 76 del CCCU expone: “Domicilio ignorado. La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si este también se ignora en el último domicilio conocido”. Es decir, que si la persona no tiene domicilio conocido, el domicilio será determinado por la residencia circunstancial.
- Unidad: este principio resulta fundamental para entender el sistema del CCCU en materia de domicilio. Toda persona puede tener un único domicilio real, en clara intención del legislador de evitar su multiplicidad pro cuestiones de orden público y seguridad jurídica.
- Mutabilidad: libremente modificable por la voluntad del sujeto como manifestación de su libertad personal. Esta característica está regulada por el artículo 77 del CCCU:

Artículo 77.- *Cambio de domicilio.*- El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica

instantáneamente por el hecho de trasladar la residencia de un lugar a otro con ánimo de permanecer en ella.

Como principio, el domicilio real se conserva hasta que la persona voluntariamente decida cambiarlo, pero puede ser cambiado de un lugar a otro, sin que esta posibilidad pueda ser impedida ni limitada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad (ej. testamento).

Para cambiar el domicilio, se requiere que se modifiquen en forma simultánea los dos elementos del mismo: el objetivo (mudar efectivamente la residencia) y el subjetivo (hacerlo con la intención de permanecer allí).

II) *El domicilio legal*

Está regulado por el artículo 74 del CCCU:

Artículo 74.- *Domicilio legal.* El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo la ley puede establecerlo, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales (...)

Como observamos, ya no se trata de un domicilio elegido por las personas como manifestación de su voluntad (como lo era el real); sino que está impuesto por la ley. De allí que no pueda crearlo la voluntad de las personas, sino solo la ley.

A su vez, esta presunción que realiza la ley, tiene la característica de ser *iure et de jure*, es decir, de no admite prueba en contrario, por lo cual la persona estará impedida de pretender probar su residencia en otro lugar diferente.

El domicilio legal es de imposición forzosa y produce todos los efectos que son propios del domicilio general, prevaleciendo sobre el real, sustituyéndolo. Es decir, que por el carácter único del domicilio, una persona no puede tener domicilio legal y real a la vez; por tanto, quienes se encuentren comprendidos dentro de los supuestos de domicilio legal del artículo 74, no poseen domicilio real; y –en tanto dejen de estar dentro de tales supuestos– automáticamente pasan a tener domicilio real.

A su vez, solo la ley puede crearlo y no puede ser extendido analógicamente, de allí que los supuestos de domicilio legal que se mencionan son de carácter taxativo (salvo que una ley especial dispusiera otros supuestos).

De conformidad a la segunda parte del artículo 74 poseen domicilio legal:

- “a) los funcionarios públicos, tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo estas temporarias, periódicas, o de simple comisión”: en este caso, la ley tiene en cuenta que las tareas laborales del funcionario público sean realizadas con habitualidad, por las cuales deba permanecer en ese lugar para poder cumplirlas. Produce sus efectos desde que se toma posesión del cargo y mientras duren en su función, recuperando luego su domicilio real.
- “b) los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que lo están prestando”: todos los cuerpos de las Fuerzas Armadas, es decir, del ejército, la marina y la aeronáutica, tienen su domicilio legal en el lugar donde se encuentran prestando servicios. Mantienen este domicilio en tanto dure la prestación de dichos servicios, luego de lo cual vuelven a tener domicilio real.
- “c) los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tienen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia actual”: siendo el domicilio un atributo de la persona, y por tanto “necesario” que toda persona tenga un domicilio, la ley atribuye un domicilio a aquellas personas que no poseen un domicilio real conocido. Sobre este domicilio, en sentido coincidente, el artículo 76 del CCCU dice: “Domicilio ignorado La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si este también se ignora en el último domicilio conocido”.
- “d) las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes”: se refiere a todas las personas incapaces de ejercicio, en los términos del artículo 24 del CCCU. Es consecuencia del principio por el cual ellas ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, que se analizará al estudiar el atributo de la capacidad de la persona humana.

Domicilio especial

En cambio, el domicilio especial tiene efectos limitados a alguna o varias relaciones jurídicas determinadas, limitando su eficacia a ellas. Debe tenerse especialmente en cuenta –a diferencia del domicilio real– que no es un atributo de la persona (justamente por no involucrar todas sus relaciones jurídicas), no es necesario (ya que puede no tenerse) y puede ser múltiple.

Dentro de los domicilios especiales, podemos mencionar:

1) *El convencional o contractual*, que es el que las partes fijan en sus contratos para la producción de todos los efectos jurídicos que sean consecuencia del mismo. No está sujeto a ninguna formalidad, rigiendo al

respecto el principio de libertad de formas, como emanación de la autonomía de la voluntad, propio de la materia contractual. Dice el artículo 75 del CCCU: “Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan”.

II) *El procesal o “ad litem”*, regulado por los códigos procesales de cada provincia como una carga impuesta al litigante en un juicio (normalmente es el estudio del abogado que lo patrocina o que ejerce su representación por poder).

Efectos del domicilio:

Artículo 78.- *Efecto*. El domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas. La elección de un domicilio produce la prórroga de la competencia.

Como principio general, el domicilio general –ya sea real o legal– determina la competencia judicial.

Pero se admite la prórroga de aquella, para el supuesto de que exista un domicilio especial, en el cuál serán producirá efectos respecto de esas relaciones jurídicas particulares. Por ejemplo, mediante la elección de un domicilio procesal en un juicio, o bien la constitución de un domicilio convencional en un contrato, someten todo conflicto y notificaciones en relación a ellos al juez que corresponde a dicho domicilio, de acuerdo a las normas procesales que rigen la competencia territorial, siempre que esta elección no afecte el orden público.

d) Capacidad.

La capacidad es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y deberes jurídicos y de poder ejercerlos por sí misma.

En tanto atributo de la persona humana, constituye un derecho humano fundamental amparado por los Tratados de Derechos Humanos que componen el bloque de constitucionalidad (artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). A partir de ello, podemos mencionar tres consecuencias fundamentales:

- La capacidad siempre constituye la regla, siendo admisibles algunas restricciones, las que solo podrán ser establecidas por la ley en protección de intereses superiores, e interpretadas restrictivamente.
- Las limitaciones a la capacidad no pueden ser totales ni absolutas, ya que ello importaría privar a la persona de un atributo que la configura en cuanto tal.

- La regulación de la capacidad de la persona humana está fuera de su ámbito de autonomía de la voluntad, no siendo posible llegar a un acuerdo entre partes, por constituir materia de orden público.

Distinción con el discernimiento

Mientras que –como hemos expresado– la capacidad es la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones y para ejercerlos por sí; el discernimiento se vincula a la aptitud natural para comprender el acto y sus consecuencias y, más genéricamente, para distinguir lo bueno de lo malo.

El CCCU establece que son actos realizados sin discernimiento los ilícitos cometidos por menores de 10 años y los lícitos llevados a cabo por menores de 13 años o por quienes en el momento en que otorgan el acto, se encuentran privados de razón (artículo 261).

El discernimiento, entonces:

- Es un elemento del acto voluntario, ya que reviste el carácter de voluntario todo acto celebrado con discernimiento, intención y libertad y manifestado por un hecho exterior (artículo 260 CCCU).
- Se encuentra vinculado al concepto de capacidad progresiva que veremos más adelante. En palabras de Rivera y Crovi (2016: 243):

Desde el punto de vista de la autonomía personal, el grado de discernimiento concreto que pueda tener un individuo será una pauta para determinar su capacidad de obrar determinados actos, de allí las permanentes referencias del nuevo ordenamiento al *grado de madurez*, que indirectamente remite al discernimiento

Clases de capacidad

Tradicionalmente, se han reconocido dos clases de capacidad:

I. Capacidad de derecho o de titularidad

Artículo 22.- *Capacidad de derecho.* Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

La capacidad de derecho “(..) refiere a la aptitud que toda persona inviste, por el solo hecho de ser tal, para adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de si esto es actuado por ella misma o con intervención o intermediación de un tercero” (Herrera et al., 2015: 54).

Siendo entonces la capacidad de derecho inherente a todo ser humano, no puede concebirse una persona que se encuentre –ni aun momentáneamente– privada de la titularidad de sus derechos y obligaciones.

Por otra parte, las limitaciones a esta capacidad, solo pueden ser establecidas por la ley respecto de simples actos, hechos o actos jurídicos determinados o en relación a personas respecto de actos también concretos, y solo podrán tener por objeto proteger intereses superiores, tales como el orden público, la moral general o la buena fe (a diferencia de las incapacidades de ejercicio, que como veremos, se fundamentan en la protección de la persona incapaz o con capacidad restringida).

De allí que, reconociendo en la finalidad de la ley al establecer las incapacidades fundamentos de orden público, un acto realizado contrariando las reglas de las incapacidades de derecho es nulo por nulidad absoluta, no siendo susceptible de ser confirmado.

Como ejemplos de estas incapacidades, podemos mencionar los contratos prohibidos entre padres e hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental, aquellos celebrados entre el tutor y su pupilo, los impedimentos matrimoniales, etc.

II. Capacidad de ejercicio, o de hecho, obrar o goce

Artículo 23.- *Capacidad de ejercicio.* Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

La capacidad de ejercicio es la facultad de la persona para poder ejercer por sí misma los derechos y las obligaciones de los que es titular.

Como observamos, la regla general que rige el instituto es también la capacidad, y las limitaciones a ella deben encontrar su fundamento en la ley (sea el CCCU u otras leyes especiales) o en una sentencia judicial, la que también debe encontrarse fundada en ley.

En sentido genérico, comprensivo de todas las limitaciones a esta capacidad de ejercicio o goce de los derechos y obligaciones, podemos decir que persiguen como finalidad proteger a la persona incapaz o cuya capacidad se restringe; y no ya la protección de intereses generales de la sociedad como vimos al analizar las incapacidades de derecho.

Conforme Rivera y Crovi (2016: 245), el fundamento de estas incapacidades está dado por la protección de esa persona dada:

en los supuestos de personas por nacer, en su absoluta imposibilidad material de actuar por sí mismas;

en el caso de las personas menores por la falta de edad o grado de madurez suficiente;

en las personas a quienes se restringe su capacidad por sentencia judicial, en su ineptitud intelectual o psicosocial;

en las personas a quienes se declara incapaces por sentencia judicial, en su imposibilidad absoluta de interactuar con el entorno.

De allí que un acto otorgado por una persona incapaz o con capacidad restringida, si bien es nulo, su nulidad es relativa, es decir, que puede ser luego confirmado. Por tanto, si el acto es beneficioso para él puede luego confirmarlo la propia persona cuando cese su incapacidad o restricción a la capacidad (por ejemplo, el acto realizado por un menor cuando cumple la mayoría de edad), o bien hacerlo su representante legal.

La restricción a la capacidad. Reglas generales

En cuanto a las reglas generales relativas a las restricciones a la capacidad de ejercicio, el CCCU establece:

Artículo 31. *Reglas generales.* La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

- a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;
- b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;
- c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

Como se observa, esta norma parte de reconocer que la capacidad de la persona no es solo un atributo civil de la misma, sino que configura un derecho humano básico, cuya protección debe procurar el ordenamiento jurídico.

Se esbozan a continuación algunos comentarios siguiendo el orden de los incisos del artículo 31 del CCCU a los fines de facilitar su comprensión:

- a) Presunción de la capacidad: la circunstancia de que la capacidad ‘se presume’, implica que debe ser garantizada a todas las personas y en cualquier circunstancia en que ellas se encuentren (incluso si tuvieran alguna discapacidad física, mental, intelectual o sensorial). A su vez, se requiere que con carácter previo a toda restricción que pueda establecerse, sean probados de manera rigurosa los extremos que contraríen dicha presunción y que justifiquen por tanto la restricción a la capacidad; presunción que se mantiene aún en el caso en que la persona se encuentre internada en un establecimiento de salud mental.

Esta norma se encuentra en consonancia con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con los postulados de la Ley 26657 de Salud Mental, en virtud de las cuales esta presunción se erige en tanto garantía de igualdad y no discriminación, priorizándose que la persona pueda ejercer sus derechos por sí misma, salvo que se cumplan las expresas condiciones legales que conforme el artículo 32 del CCCU autorizan a restringir la capacidad o a declarar –en casos extremos– la incapacidad.

- b) Carácter excepcional de la restricción a la capacidad: siendo la regla general la capacidad de la persona humana y toda vez que las restricciones afectan el ejercicio de los derechos en forma autónoma, resulta lógico que estas solo puedan ser establecidas con carácter excepcional, en los supuestos en que la ley lo habilita, y bajo un estricto control judicial.

Herrera et al.. (2015 I: 81) nos aportan que “el término ‘beneficio de la persona’, por su parte, da a entender que en ningún caso la restricción de la capacidad jurídica puede tener otro fin que el respeto de sus derechos y la promoción de la autonomía personal”

- c) Carácter interdisciplinario de la intervención estatal: parte de considerar, en consonancia con la Ley de Salud Mental, que en relación a la salud mental debe dejarse de lado un modelo exclusivamente médico-psiquiátrico para considerar un abordaje interdisciplinario, desde una mirada integral de la persona. Y ello así conforme el modelo social de discapacidad que propone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, comprensivo de aspectos sociales y circunstancias particulares de cada persona situada

en un contexto de interacción social, analizados desde las diversas perspectivas que implica la interdisciplina (ej. psicólogos, terapeutas ocupacionales, psicopedagogos, médicos, enfermeros, trabajadores sociales, especialistas en comunicación, u otros cuya intervención resulta propia de acuerdo a cada caso en particular).

Finalmente, debe recordarse que la intervención interdisciplinaria no se encuentra acotada al proceso judicial, sino que se proyecta hacia el tratamiento que deba recibir, en su caso, la persona.

- d) Derecho a recibir información adecuada: Reconociendo la existencia de diversas barreras en la comunicación, tales como arquitectónicas, comunicacionales, actitudinales, sociales, comunitarias, etc., se establece que las restricciones a la capacidad no pueden ser consecuencia de barreras en la comunicación, y que –en caso de ser necesario imponer tales limitaciones– la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas de acuerdo a su situación particular, que le garanticen un efectivo acceso a la información. Es propicio recordar que el artículo 2º, párr. 1º de la mencionada Convención, establece que la comunicación resulta comprensiva de “los lenguajes, la visualización de textos, el braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”.
- e) Participación personal en el proceso con asistencia letrada: se reconoce a la persona la calidad de parte en todo el proceso judicial (artículo 36 CCCU), pudiendo aportar toda la prueba que haga a la defensa de sus derechos. Se le garantiza a su vez asistencia letrada, es decir, defensa técnica de sus derechos, de modo tal que si carece de medios económicos, el Estado debe procurársela de manera gratuita.

Esta participación personal se vincula a otra garantía: la inmediatez. En virtud de ella, el juez debe entrevistar a la persona en forma personal antes del dictado de cualquier medida que pueda limitar o restringir su capacidad (conforme al artículo 35 del CCCU).

- f) Alternativas terapéuticas menos restrictivas: en consonancia con la regla enunciada en el apartado b) del artículo por la cual las restricciones a la capacidad deben establecerse de manera

excepcional y en beneficio de la persona, se exige siempre adoptar aquellas medidas que importe la restricción mínima e indispensable que se requiera para la protección de la persona.

Personas con capacidad de ejercicio restringida. Supuestos de procedencia

Se ha dicho anteriormente, que la regla general debe ser siempre la capacidad de la persona humana; pero la existencia de determinados supuestos establecidos en la ley pueden permitir –en principio– su restricción y solo excepcionalmente la declaración de incapacidad, la que únicamente procederá en los casos del artículo 32 parte final, que se analizará en el apartado siguiente, al que se remite.

Respecto de la persona con capacidad restringida, debemos considerar la primera parte del artículo 32 del CCCU.

Artículo 32. *Persona con capacidad restringida y con incapacidad.* El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida (...).

Analizando el primer párrafo de este artículo, Kraut y Palacios (2014: 144 y ss.) entienden que el supuesto legal de la capacidad restringida está basado en un criterio interdisciplinario –al que ya hemos hecho referencia al analizar el artículo 31 inciso c)– y compuesto por dos presupuestos:

- **Intrínseco:** coherentemente con las Convenciones de los Derechos del Niño y de la Personas con Discapacidad, se requiere que la persona sea mayor de trece años. Esta edad constituye un “piso mínimo” que encuentra su fundamento en la falta de discernimiento para los actos lícitos hasta adquirirse dicha edad y se condice con la categoría de adolescente introducida por el artículo 25 del CCCU.

A la vez, se exige que padezca una “una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad”, primer extremo que debe acreditarse para solicitar la restricción de la capacidad de una persona.

Sin perjuicio de la gravedad –que será evaluada interdisciplinariamente, como se ha expresado– no debe tratarse de una adicción o alteración mental no sea meramente pasajera, ya que “(...) una afección aislada o transitoria nunca podrá dar lugar (a la restricción) aun cuando esa circunstancia ocasione una internación” (Rivera y Crovi, 2016: 288).

- Extrínseco: exige valorar si dicha afección posee entidad tal para que –en relación a uno o varios actos determinados– “del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona a sus bienes”.

Dicha entidad debe ser evaluada asegurando a la persona el acceso a los modos, medios y formatos de comunicación que requiera según su afección y deberá estar a cargo de equipos interdisciplinarios que analicen cada caso conforme los ajustes razonables que se requieran.

Finalmente, deberá evaluarse la incidencia de la afección que padece una persona no solo en relación a sus bienes, sino también los relativos a otros aspectos de su vida personal; análisis que nunca podrá apartarse de las circunstancias sociales y el contexto en el que cada persona se desenvuelve.

Respecto de esta evaluación, Kraut y Palacios (2014:148) sostienen que:

(...) Al centrarse en “ciertos” actos también fuerza a que la determinación del riesgo sea concreta y no general ni abstracta. Se trata en rigor de un juicio o evaluación de aptitud del sujeto que se debe llevar a cabo mediante una actividad probatoria y de garantías procesales.

El segundo párrafo del artículo 32 establece claramente la finalidad de la restricción de la capacidad: se persigue la designación del/de los apoyo/s necesario/s de acuerdo a las necesidades y circunstancias de esa persona, y no la sustitución. De allí que el juez debe adoptar un criterio flexible para identificar las dificultades, limitaciones u obstáculos que posee la persona, debiendo puntualizar a qué acto/s se circunscriben.

A partir de allí, en la sentencia, el juez deberá especificar para cuáles actos se restringe la capacidad de la persona. Esta afirmación encuentra su correlato con el artículo 38 del CCCU, conforme al cual en la sentencia debe determinarse:

- La extensión y alcance de la restricción

- Funciones y actos que se limitan a la persona (procurando la menor afectación posible de su autonomía)
- Designar una o más personas de apoyo (o curadores si se estuviera frente a un supuesto de declaración de incapacidad, conforme el artículo 32, parte final)
- Señalar las condiciones de validez de los actos sujetos a la restricción e indicar las personas intervinientes y la modalidad bajo la cual deberán actuar.

Respecto de la función y características del sistema de apoyos, se remite a los sistemas de protección de esta misma Lección II.

Personas incapaces de ejercicio. Enumeración

Artículo 24.- *Personas incapaces de ejercicio.* Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2^a de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

I) La persona por nacer

Si bien resulta palmaria su imposibilidad de ejercer sus derechos por sí misma, en la interpretación de este inciso debe recordarse que existencia de la persona humana comienza con su concepción, quedando sus derechos irrevocablemente adquiridos si nace con vida (artículos 19 y 21 del CCCU). De ello, se infiere que antes de su nacimiento, puede adquirir derechos, adquisición que al no poder hacerla por sí misma necesariamente va a tener que ser efectuada a través de sus representantes legales.

II) La persona menor de edad que no cuenta con edad y grado de madurez suficiente

En primer lugar, debe tenerse presente que “menor de edad es la persona que no ha cumplido los dieciocho años”. A su vez, dentro de esta categoría genérica que componen los denominados menores de edad, pueden distinguirse el adolescente que es “(...) la persona menor de edad que cumplió los trece años” (conforme el artículo 25 del CCCU), y los niños y niñas, que serían los menores de edad que no han cumplido los trece años.

Dicho esto, el artículo 24 en análisis considera incapaz de ejercicio a aquellos menores que no cuenten con edad y grado de madurez suficiente, estableciendo por tanto un sistema ‘mixto’ en relación a su capacidad. Así el régimen propuesto por el CCCU combina segmentaciones etarias (criterio objetivo) combinándolas con el ‘grado de madurez’ (criterio subjetivo), que dependerá de cada niño, niña y adolescente⁷ en relación a cada situación concreta. Al respecto aportan Herrera et al. (2015: 61) que:

el calificativo ‘suficiente’ guarda relación con el acto de que se trata: así, la suficiencia puede existir para ejercer un acto y tal vez estar ausente en relación a otros –por ejemplo, es diversa la aptitud que se exige para el ejercicio de actos personales y patrimoniales–. El sistema presenta entonces un tinte más subjetivo, requiriendo la evaluación del caso concreto para determinar la aptitud’.

Se trata, continúa luego, de una “noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego”.

De este modo, a medida que el NNA va adquiriendo mayor autonomía, proporcionalmente va disminuyendo la representación de sus progenitores en el ejercicio de sus derechos (artículo 639 inciso b).

Finalmente, debe recordarse que este inciso del CCCU, al reconocer la capacidad progresiva de los NNA, se encuentra en consonancia con las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, y las Leyes Nacionales N°26579 de mayoría de edad y 26061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

III) la persona declarada incapaz por sentencia judicial

Este inciso, debe interpretarse armónicamente con la parte final del artículo 32 del CCCU.

Artículo 32.- *Persona con capacidad restringida y con incapacidad.*
(...) Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Se trata de un supuesto excepcional, constituyendo la última alternativa posible, que requiere para su procedencia que se dé un presupuesto

⁷ En adelante NNA.

objetivo concreto: la imposibilidad absoluta de interactuar con el entorno y expresar su voluntad, es decir, que no le sea posible manifestarse por aquellos medios, formatos y modos adecuados a su especial situación, encontrándose la persona, por tanto, ante una imposibilidad fáctica de poder ejercer sus derechos por sí misma.

Reafirmando el carácter excepcionalísimo de este supuesto, ya hace años Borda (citado en Kraut y Palacios, 2014: 152) había expresado que “la incapacidad sólo puede estar justificada, una vez comprobado el supuesto legal que la habilita, para la protección de los derechos personales y patrimoniales de la persona” (1965).

En un mismo sentido, más cercano en el tiempo, Herrera et al. (2016: 85) sostiene que la imposibilidad que se exige como presupuesto de procedencia de la declaración judicial de incapacidad:

(...) no es cualquier dificultad o complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto, tal como exige la norma. Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, carente e imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo entonces la figura de un curador que ejerza representación pura.

Menor de edad y adolescente. El ejercicio de sus derechos

Artículo 25. *Menor de edad y adolescente.* Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

Ya hemos adelantado que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, y que por debajo de esta edad se distinguen:

- Los niños y niñas propiamente dichos: hasta los trece años
- Los adolescentes: que son quienes han cumplido los trece años pero aún no han alcanzado la mayoría de edad.

Ahora bien, debemos también recordar que el artículo 24 inciso b) del CCCU expresa que son incapaces de ejercicio los menores (y por tanto ejercen sus derechos a través de sus representantes legales: padres o tutores) que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente. De allí que sea necesario apreciar dicho grado de madurez conforme al sistema de capacidad previsto para los menores de edad y de cara a cada situación concreta.

Este sistema que doctrinariamente se lo señala como capacidad progresiva reconoce una capacidad gradual y específica y diferenciada para cada acto, y se encuentra también reconocido en el plano internacional por la Convención de los Derechos del Niño y en el ámbito nacional por la Ley N° 26061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”, entre otras.

Al respecto, resultan elocuentes los dos primeros párrafos del artículo 26 del CCCU:

Artículo 26.- *Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.*
La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

El primer párrafo sienta el principio general en la materia: los NNA ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Pero seguidamente, la norma reconoce que en reconocimiento de su capacidad progresiva, durante la menor edad, la persona irá pudiendo ejercer por sí los actos que les sean permitidos conforme el ordenamiento jurídico.

Mayoritariamente, el CCCU adopta el sistema mixto (tomando en cuenta segmentaciones etarias y grado de madurez), y en otros supuestos considera solo el aspecto subjetivo.

A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes ejemplos:

- A partir de los diez años puede ejercer relaciones de poder sobre una cosa (artículo 1922 inciso a).
- A partir de los diez años el menor debe prestar su consentimiento expreso en el procedimiento de adopción (artículo 617 inciso d).
- A partir de los trece años puede reconocer hijos naturales y estar en juicio (artículo 680).
- A partir de los trece años puede ejercer respecto la responsabilidad parental respecto de sus propios hijos (artículo 644).
- A partir de los trece años puede estar en juicio por acusación criminal (esta disposición no elimina el deber de los padres de proveer los medios materiales necesarios para su adecuada defensa en juicio) (artículo 680).

El menor de edad con madurez suficiente, puede agregarse el apellido del otro progenitor (artículo 64).

EL menor de edad con grado de madurez suficiente puede pedir la inscripción del apellido que use cuando carezca de apellido inscripto (artículo 66).

El menor de edad con edad y grado de madurez suficiente puede conocer los datos vinculados y a su origen y acceder al expediente judicial y administrativo donde tramitó su adopción (artículo 596).

Concluyen Rivera y Crovi (2016: 263) que en reconocimiento de su capacidad progresiva la persona menor de edad puede tomar todas las decisiones sobre su persona si para ella cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Entre ellas, celebrar algunos contratos de prestación de servicios, como de espectáculos públicos, representaciones teatrales, actividades deportivas, entre otras.

En cuanto a la celebración de contratos de escasa cuantía, que son los propios del desenvolvimiento de la vida cotidiana, cuando quien los realiza es un menor de edad se presumen realizados con la conformidad de los progenitores (artículo 684 CCCU).

Mención especial merece el ejercicio de los derechos personalísimos, en especial respecto del cuerpo y la salud, por parte de la persona menor de edad.

En este punto, el CCCU (artículo 26, párrafos 4º a 6º) distingue tres situaciones diversas conforme rangos etarios:

- Los niños/as de hasta doce años de edad, quienes ejercen estos derechos –conforme la regla genera– a través de sus representantes legales, más allá del derecho de ser escuchados y su opinión sea tenida en cuenta en la decisión que finalmente se tome, al menos en tanto cuando su edad y grado de madurez le permitan comprender el acto.
- Los adolescentes mayores de trece menores de dieciséis años. En relación a ellos, se exige distinguir:
 - a. si se está frente a un tratamiento invasivo o que provoque un riesgo grave en su vida o su integridad física: se requiere el consentimiento del adolescente con la asistencia de sus progenitores. Y si hubiera conflicto entre la voluntad del adolescente y sus representantes, el CCCU establece que aquel deberá resolverse “teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico”.
 - b. En cambio, si no se tratara de un tratamiento invasivo o que provoque un riesgo grave en la vida o su integridad física del adolescente, este puede decidir por sí mismo respecto de la práctica

médica, siendo indiferente jurídicamente la opinión de sus representantes legales.

Como vemos, resulta un dato determinante establecer cuándo un tratamiento médico debe ser considerado invasivo o de entidad como para poner en riesgo la vida o la integridad del paciente adolescente; lo cual ciertamente dependerá de cada situación concreta. Como una aproximación general, podemos considerar invasivos:

(...) aquéllos que, además de impactar de modo notorio en el cuerpo de la persona, cuentan con entidad para colocar en peligro la salud comprometiéndola de algún modo, o colocando en riesgo la vida del individuo, sea de manera directa o por las consecuencias –aún no deseadas– de su implementación (González de Vicel, 2016: 3).

- Finalmente, encontramos un tercer grupo constituido por quienes ya han cumplido dieciséis y son aún menores de dieciocho años. Como regla general, son considerados “como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo” (artículo 26 *in fine*), sin que pueda privilegiarse la opinión de sus padres o tutores. En otros términos, son competentes por sí mismos para tomar estas decisiones.

De todos modos, esta presunción legal admite algunas excepciones en relación a algunas prácticas médicas concretas, para las que se exige mayoría de edad. A modo ejemplificativo, podemos citar la ablación de órganos o materiales anatómicas en vida con fines de trasplante (práctica para la que se exige mayoría de edad), el sometimiento a tratamientos integrales hormonales (respecto de los cuales se exige el asentimiento de los representantes legales), entre otros.

Ya hemos dicho anteriormente, que las presunciones etarias que establece el artículo 26 del CCCU:

(...) constituyen presunciones *iuris tantum* (es decir que admiten prueba en contrario), que habrán de ser interpretadas en cada caso concreto. De allí que el respeto de la autonomía progresiva de los NNA no importe un derecho sin límites, cuando su ejercicio repercute en contra de la propia vida o integridad del adolescente (Cajigal Cánepa, 2017: 110).

Emancipación

En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce una única forma de emanciparse: por matrimonio (artículo 27 CCCU).

Cuando quien contrae matrimonio es una persona menor de edad, la celebración del mismo trae como consecuencia necesaria su emancipación. Debe tenerse en cuenta que la emancipación es irrevocable; incluso la declaración de invalidez del matrimonio no la deja sin efectos, salvo respecto del cónyuge de mala fe (para este cesa el día en que la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada).

La edad nupcial, es decir la edad para contraer matrimonio, se adquiere a los dieciocho años (artículo 403 inciso f), coincidentemente con la mayoría de edad.

Pero antes de esta edad la ley autoriza la celebración del matrimonio en dos casos:

- Si el menor ya ha cumplido dieciséis años, sus padres pueden dispensarlo para contraer matrimonio, y
- Si el menor aún no ha cumplido dieciséis años o, teniéndolos, sus padres le deniegan la autorización, la dispensa puede ser otorgada por el juez. Para hacerlo, el magistrado debe entrevistarse en forma personal con el menor y asegurarse de que para este acto jurídico posee la edad y grado de madurez suficiente, comprendiendo los alcances del acto y sus consecuencias. Si la hubieren expresado, deberá también escucharse la opinión de los representantes legales del menor.

En cuanto a los principales efectos de la emancipación podemos mencionar:

- Extingue la responsabilidad parental de los progenitores respecto del emancipado; salvo algunas limitaciones especiales que la ley prevé respecto del ejercicio de la responsabilidad parental de sus propios hijos: sus padres (abuelos del niño/a) pueden intervenir cuando el emancipado omite la realización de actos necesarios o realiza actos perjudiciales para el adecuado desarrollo del niño/a; y respecto de los actos trascendentes de la vida del ellos se requiere el consentimiento del progenitor adolescente integrado con el asentimiento de sus progenitores.
- Hace cesar la incapacidad del menor. A esta regla el CCCU establece dos limitaciones:
- Actos que le están prohibidos en forma absoluta:

Artículo 28.- *Actos prohibidos a la persona emancipada.*- La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial:

- a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito,
- b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito,
- c) afianzar obligaciones.

Por tanto, la persona emancipada no puede en ningún caso:

- “a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito”: esta prohibición se establece para proteger al menor emancipado respecto de la eventual influencia que sobre él pueda ejercer el tutor para que le sea aprobada su administración, no permitiéndoseles –a aquellos menores que hayan estado bajo el sistema de la tutela– aprobar ni las cuentas periódicas ni la final;
- “b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito”: la prohibición de disponer a título gratuito bienes que han sido recibidos bajo las mismas circunstancias se fundamenta en que dicha disposición traería como necesaria consecuencia un detrimento patrimonial sin contraprestación;
- “c) afianzar obligaciones”: no pueden constituirse como fiadores o garantes de obligaciones de terceros.

Actos para los que requiere autorización judicial:

Artículo 29.- *Actos sujetos a autorización judicial.* El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente.

Se trata de una prohibición relativa, ya que el juez puede autorizar el acto. Si bien no lo dice expresamente la norma, debe interpretarse que la disposición de los bienes a la que refiere este artículo es aquella a título oneroso (ya que respecto de la disposición gratuita existe prohibición absoluta conforme el artículo 28 inciso b). La norma indica al juez que solo podrá otorgar la autorización cuando acontezca “(...) la existencia de una real y severa necesidad –la norma requiere “toda necesidad”– para la persona menor de edad en cuanto al acto de disposición, o bien una ventaja evidente en su favor” (Herrera, 2016: 75).

Menor con título habilitante

La ley N° 26390 de Prohibición del Trabajo Infantil (modificatoria de la Ley N° 20744 de Contrato de Trabajo) prohíbe a los empleadores ocupar menores de dieciséis años en cualquier tipo de actividad, tenga o no fines lucrativos y exista o no contrato de trabajo (artículo 7); estableciendo como excepción el caso de los mayores de catorce años que

trabajen en empresa familiar en jornadas no mayores a tres horas diarias y quince semanales, y siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres y se salvaguarde su derecho a la educación mínima obligatoria (para lo cual deberá obtenerse autorización de la autoridad administrativa laboral) (artículo 8).

Respecto de la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante deben considerarse especialmente dos artículos del CCCU:

Artículo 30.- *Persona menor de edad con título habilitante.* La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.

y

Artículo 681.- *Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años.* El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales.

Como se observa el ejercicio de una profesión u oficio requiere siempre que el menor tenga, al menos, dieciséis años, ya que antes le está expresamente prohibido ejercerlos.

Pero si se cumplen las dos condiciones: tener dieciséis años como mínimo y poseer título habilitante para el ejercicio de una profesión, puede ejercerla por sí mismo sin que se requiera autorización de sus progenitores, y aún contra la voluntad de estos.

Además de no requerir autorización paterna ni judicial en estos supuestos, deben notarse que los bienes obtenidos como consecuencia de su trabajo quedan expresamente excluidos del régimen general de administración que está a cargo de sus representantes legales; y ello en reconocimiento de la capacidad del adolescente para administrar y disponer de ellos –aún a título gratuito–, asumiendo los derechos y obligaciones que de dicho ejercicio se derivan.

Inhabilitados

Artículo 48.- *Pródigos.* Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda

persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educativa o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

La declaración de inhabilitación, si bien impone al pródigo ciertas restricciones en el otorgamiento de algunos actos jurídicos patrimoniales que el juez precisará en su sentencia, no altera su condición de persona capaz para el ejercicio de sus derechos en general. En la sentencia que lo inhabilita, el juez –además– le designará un apoyo, que lo asistirá en la realización de dichos actos.

Para que se proceda la inhabilitación por prodigalidad, la norma exige varios requisitos:

- Elemento objetivo: la prodigalidad en la gestión de sus bienes. Se requiere que la persona realice actos de administración y/o disposición de sus bienes que impliquen una dilapidación de su patrimonio, siendo indiferente cuáles sean las causas de los mismos (problemas psíquicos, negligencia, impericia, mala administración, u otros).

Si bien no lo dice expresamente la norma el CCCU, se infiere como exigencia la habitualidad de la conducta que revista entidad suficiente para poner en riesgo su patrimonio.

- Beneficiarios: la conducta debe implicar la exposición a la pérdida del patrimonio a su cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o hijos mayores de edad con discapacidad. Como se observa, el objetivo de la norma no es proteger al pródigo, sino a las personas específicamente mencionadas que componen su grupo familiar, a quienes la conducta de dilapidación del patrimonio generaría un grave perjuicio. En opinión de Herrera et al. (2015: 121):

Este artículo constituye una excepción al inciso b del artículo 31 CCCU, en razón de que la limitación a la capacidad no se instituye en beneficio de la persona sino que, en este caso, el interés jurídico tutelado es la protección de la familia del inhabilitado.

- Legitimación: el CCCU reconoce que pueden iniciar la acción el cónyuge, conviviente, ascendientes y descendientes. Cabe aquí preguntarse si el propio pródigo puede interponer la acción, respecto de lo cual la respuesta doctrinaria mayoritaria se inclina por reconocer su legitimación, cuando una persona advirtiendo su situación solicite su propia declaración de inhabilitación como una medida de protección.

Sistemas de protección: representación y asistencia

El CCCU propone la *asistencia* como sistema de protección genérico, que es cumplido con los apoyos que para cada caso determine el juez.

Y en forma residual y excepcional, prevé *la representación*, como sustitutiva de la voluntad de la persona.

1) Representación

Artículo 101.- *Enumeración.*- Son representantes:

- a) de las personas por nacer, sus padres;
- b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;
- c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

Respecto del inciso a) ya se ha expresado, que las personas concebidas aún no nacidas son titulares de derechos en general, y por lógica consecuencia sus representantes son sus progenitores sin necesidad de que dicha representación sea otorgada por un juez. De todos modos, la representación solo se confiere cuando ello resulta necesario para ejercer algún acto jurídico en especial.

La disposición del inciso b), aplicable a los NNA, tiene una finalidad tuitiva de protección de este grupo social especialmente vulnerable, procurando evitar que terceros puedan aprovecharse de la inexperiencia de los primeros.

Finalmente, en relación con el inciso c) debe tenerse presente que si bien a las personas incapaces por sentencia judicial se les designa un curador que las represente, a aquellas con capacidad restringida, como regla general, se le designan apoyos, que cumplirán una función de asistencia de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso. Pero en ocasiones, el juez puede resolver que en relación a determinados actos ese apoyo cumpla funciones de representación, en cuyo caso lo harán pero solo respecto de esos actos específicamente mencionados. En este último supuesto la doctrina suele llamarlos ‘apoyos intensos’, en consonancia con lo dispuesto en el inciso j), del Preámbulo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Es importante resaltar que el sistema de representación solo puede tener origen legal; y por estar constituido por normas de carácter imperativo, estas no pueden ser sustituidas por la voluntad de las partes.

Además, dicho carácter imperativo traer como consecuencia que si el sistema es soslayado, se acarrearán nulidades.

La actividad de los representantes está sometida a contralor judicial.

Por otra parte, debe distinguirse entre la representación principal, dada por el representante legal de la persona por nacer, menor de edad o declarada excepcionalmente incapaz; y la representación complementaria o principal del Ministerio Público.

Artículo 103. *Actuación del Ministerio Público.* La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.

a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal:

i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;

ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;

iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa en ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

II) Asistencia. Los apoyos.

Artículo 102. *Asistencia.* Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales.

El CCCU prevé la asistencia como un sistema de acompañamiento para aquellas personas que, en el marco de un proceso judicial, han sido:

- Inhabilitadas por prodigalidad, quienes si bien conservan su condición de capaz, se les imponen restricciones para el otorgamiento de determinados actos jurídicos patrimoniales específicamente mencionados en la sentencia judicial, los que deben ser llevados a cabo con la asistencia de un apoyo.
- Restringidas e su capacidad para determinados actos.

La mencionada asistencia se efectiviza mediante los sistemas de apoyo para la toma de decisiones (SATD).

Artículo 43. *Concepto. Función. Designación.* Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Como se observa, el CCCU concibe a los apoyos como un sistema de asistencia que se traduce en formas de protección elásticas, amplias, que serán evaluadas por el juez en función de las circunstancias de cada caso. En su sentencia, el magistrado debe determinar con precisión cuáles son los sistemas de apoyo que establecen, la función que los mismos tendrán, sus modalidades, los actos para los cuáles son requeridos y las consecuencias que provocará su incumplimiento.

Apuntando a este carácter amplio del sistema, Pagano A. (2012:139-152) apunta que constituyen la asistencia requerida por las personas con discapacidad para actuar de forma inclusiva dentro de la sociedad, desarrollando sus habilidades para lograr su funcionalidad y un mejor desempeño, y propiciando su autonomía en la ejecución de sus actividades principales y regulares. Entre ellos: la asistencia personal, equipos y dispositivos tecnológicos y recursos auxiliares, que permiten habilitar, rehabilitar o compensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales de las personas con discapacidad.

Como se ha expresado, no sustituyen la voluntad de la persona inhabilitada o con capacidad restringida, sino que deben procurar acompañarla en el desarrollo de su autonomía, y favoreciendo las decisiones que se correspondan con las preferencias e intereses, tal como lo establece el artículo 32 ya analizado.

En palabras de Herrera et al. (2015: 212):

El apoyo debe propiciar la capacidad natural y fomentar la autonomía personal de la persona en todo momento. Los apoyos están destinados a fomentar, y no a deprimir la activación de las capacidades naturales; sea permitiendo a la persona con capacidad restringida una participación

gradual y controlada en la gestión de sus intereses patrimoniales, sea reconociéndole la facultad de autodeterminación para que ejerza sus derechos personalísimos, comprendidos los actos de naturaleza familiar.

Tutela

Se trata de una figura que busca proteger en forma integral la persona, bienes y demás intereses de los NNA respecto de quienes no haya personas en condiciones de ejercer la responsabilidad parental.

Artículo 104.- *Concepto y principios generales.* La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental (...)

La principal función del tutor consiste en promover la autonomía personal del NNA y favorecer, de acuerdo a su capacidad progresiva, que sean ellos quienes tomen sus decisiones relativas a sus asuntos personales y patrimoniales.

Resultan de aplicabilidad en esta figura los principios generales propios de la responsabilidad parental: el interés superior del NNA, su autonomía progresiva conforme a sus características específicas y su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

La tutela puede ser:

- Unipersonal (cuando la ejerce una sola persona)
- Compartida o conjunta (ejercida por dos o más personas)

Y, a su vez, puede ser:

- Voluntaria: cuando son los progenitores que no se encuentren privados de la responsabilidad parental quienes la confieren.
- Dativa: es dispuesta por el juez ante la ausencia de designación de tutores por parte de los progenitores, o cuando los designados se excusen, la rechacen o no puedan ejercerla. En principio, toda persona puede ser nombrada tutor, y una misma persona puede ser tutor de dos menores si son hermanos y a criterio del juez que la concede existen razones suficientes que lo justifiquen. De todos modos, el magistrado está llamado a discernirla a favor de quien/es considere la/s persona/s más idónea/s para cumplir la función, teniendo en cuenta no solo cuestiones económicas sino también laborales, afectivas, morales, sociales, entre otras.

Curatela

Artículo 138.- *Normas aplicables.* (...) La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

La principal función del curador es “optimizar las condiciones de vida de la persona protegida, orientando su actividad hacia la recuperación” (Rivera y Crovi, 2016:249) y debe ejercerse siempre en el interés de esta.

El juez, al declarar la incapacidad de ejercicio de una persona, debe designarle un curador.

En cuanto a los alcances con que debe interpretarse el rol del curador, se requiere superar una interpretación estrictamente médica o sanitaria. Dicen Herrera et al. (2015: 268):

La expresión apunta a la dedicación de la persona que ejerza la curatela o que opere como figura de apoyo, en pos de garantizar el acceso al mayor nivel de salud y calidad de vida de su asistido. Involucra la responsabilidad por parte del curador como también de la figura de apoyo, en relación al cuidado integral de la persona amparada.

La curatela puede ser ejercida en forma:

- Unipersonal
- Conjunta

Sin perjuicio la designación debe ser siempre aprobada por el juez, puede ser designada, de acuerdo al artículo 139:

- Por la propia persona mediante una directiva anticipada
- Por los padres cuando sus sean hijos incapaces o con capacidad restringida
- En caso contrario, lo nombrará directamente el juez, y la designación puede nombrar en el cónyuge no separado de hecho, el conviviente, los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger, según quien tenga mayor aptitud a criterio del magistrado.

Referencias

- Borda, Guillermo A. (1965). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- Bueres, Alberto (Dir.) y Highton, Elena (coord.) (2001). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo I-A. Buenos Aires: Hammurabi.

- Cajigal Cánepa, I. (2017). *El derecho de los niños, niñas y adolescentes a intervenir en las decisiones sobre su cuerpo y su salud*, en Revista En Letra Civil y Comercial. Disponible en https://docs.wixstatic.com/ugd/9a5197_1e8ca8c72de741a290436bc9b09bab71.pdf
- Córdoba J. y Sánchez Torres J., (2000). *Fecundación humana asistida - Aspectos jurídicos emergentes*. Córdoba: Ediciones Alveroni.
- Escudero de Quintana, B. (2016), *La parte general del derecho civil después de la ley 26994. Manual de Cátedra*, Tomo I. Salta: EUCASA - Ediciones Universidad Católica de Salta.
- Fernández Sessarego, Carlos (1990). *El derecho a identidad personal*. Revista Jurídica La Ley, 1990-D.
- González de Vicel, G. (2016). *Adolescencia: cuando los derechos y la salud se desencuentran*. Disponible en: http://dpicuantico.com/area_diario/comentario-a-fallo-diario-dpi-suplemento-derecho-civil-bioetica-y-derechos-humanos-nro-18-13-09-2016/
- Herrera, M. (2008). *El derecho a la identidad en la adopción*. Tomo II. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- Herrera, M., Caramelo G. y Piscasso, S. (Dir). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Herrera, M. (2016). *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría Pura del derecho, Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires: Eudeba.
- Kraut, A. y Palacios A. (2014) *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo I, Lorenzetti, R. (Dir). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Pagano, L. M., (2012) *Los Apoyos en la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* en Lloveras N. y Herrera M. (dir.), *El Derecho de Familia en Latinoamérica 2. Las familias y los desarrollos sociales*, vol. 1. Buenos Aires: Nuevo Enfoque Jurídico.
- Rivera, J.C. y Covi, *Derecho Civil Parte General* en Rivera, J.C. y Medina G. (Dir.), (2016). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rivera, J. C. y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: FEDYE.

Actividades

1. Defina el concepto de persona y sus clases.
2. ¿Cuándo comienza la existencia de la persona humana? Distinga las diversas interpretaciones del término “concepción”.

3. ¿Qué importancia tiene la condición resolutoria de que la persona nazca con vida?
4. Concepto, importancia, características y clasificación de los derechos y actos personalísimos.
5. Normas genéricas y especiales de protección de los derechos y actos personalísimos.
6. Concepto, importancia, características y clasificación de los atributos de la persona humana.
7. Importancia de la autonomía de la voluntad en la elección del prenombre y sus limitaciones legales.
8. Reglas para la determinación del apellido de los menores de edad (hijos matrimoniales y extramatrimoniales reconocidos simultáneamente por ambos progenitores, hijos extramatrimoniales con un solo vínculo filial, hijos adoptivos), de los cónyuges y en caso de divorcio o viudez.
9. Principio de inmutabilidad del nombre y las modificaciones administrativas y judiciales.
10. Acciones protectorias del nombre: distinción y análisis de cada una.
11. Noción amplia y restringida de estado.
12. Distinción del domicilio general como atributo de la persona del domicilio especial. Efectos de cada uno.
13. Carácter único del domicilio general: supuestos de domicilio real y legal.
14. Conservación y cambio de domicilio general.
15. Concepto de capacidad. Clases e importancia de cada tipo.
16. Reglas generales sobre restricciones a la capacidad: análisis de cada una.
17. Personas con capacidad restringida. Sistemas de apoyo.
18. Personas incapaces. Sus representantes legales.
19. Menores de edad: niños, niñas y adolescentes. Distinción.
20. Regla general en el ejercicio de sus derechos. El sistema de “capacidad progresiva”: su aplicación a casos concretos. Especial referencia al ejercicio de los derechos sobre el propio cuerpo y la salud.
21. ¿Cuándo procede la emancipación? ¿Cuál es la edad nupcial conforme nuestro ordenamiento?
22. Efectos de la emancipación: distinción de actos absolutamente prohibidos y actos para los que se requiere autorización judicial.
23. Situación del menor de edad con título habilitante. Ejercicio de sus derechos y administración y disposición de sus bienes.

24. ¿Quiénes pueden ser inhabilitados judicialmente? Supuestos de procedencia.
25. Concepto de tutela y curatela. Tipos.

Lección

Persona jurídica

Lucía Carolina Colombato

1. PERSONAS JURÍDICAS

a) Naturaleza jurídica (artículo 141).

El fenómeno de la personalidad jurídica, expresa en el mundo del derecho las necesidades de actuación colectivas de los sujetos. Esta actuación colectiva, da lugar a diversas clases de organizaciones e instituciones que actúan en la sociedad con diversos fines comunes.

Es así que el derecho, ha reconocido la posibilidad de que el complejo de relaciones jurídicas a que da lugar la actividad de estos grupos se unifique en un sujeto de derecho distinto de las personas humanas que individualmente los integran (Rivera y Medina, 2016: 449).

Este reconocimiento se enmarca en la garantías constitucional de asociarse con fines útiles, reconocido en el artículo 14 de la Constitución Nacional y también en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país (artículo 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Las personas jurídicas se encuentran definidas en el artículo 141 del CCCU, que establece:

Artículo 141.- *Definición.* Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación.

Esta norma es la piedra fundamental sobre la que se edifica toda la regulación de las personas jurídicas dentro del CCCU.

Una de las primeras cuestiones que se evidencia de la lectura del artículo 141, es que, a diferencia de lo que sucede con la persona humana, cuya personalidad es *reconocida* por el legislador, ya que se la considera preexistente e inherente a la condición humana, en el caso de las

personas jurídicas la personalidad es *conferida*, es decir, otorgada por el ordenamiento jurídico.

De este modo, el CCCU parece enrolarse en las teorías normativistas sobre su naturaleza jurídica, que consideran a la persona jurídica como un recurso técnico con el cual el ordenamiento jurídico inviste a ciertos grupos de personas o establecimientos que desean participar en el mundo jurídico (Rivera y Medina, 2014 I: 398)

La adopción de una teoría normativista, no se equipara a la consideración de las personas jurídicas a una ficción, como lo propuso Savigny. Se reconoce la actuación colectiva de los individuos dentro de la sociedad, y la presencia de instituciones que ordenan esa actuación asignándole un patrimonio y una organización para la consecución de sus fines. Lo que sucede es que no toda vez que exista una pluralidad de personas, un aporte patrimonial y una finalidad común habrá persona jurídica.

Esto último requiere de la adopción de uno de los tipos o formas específicas a las que el ordenamiento jurídico les confiere ese carácter. Solo entonces existirá persona jurídica.

Las afirmaciones precedentes nos llevan a identificar una serie de elementos constitutivos de las personas jurídicas:

Imagen 7



Elaboración propia.

Elementos materiales

Los elementos materiales de las personas jurídicas son aquellos aspectos constitutivos que se encuentran presentes en la realidad social. Dentro de este conjunto se identifican:

- a) El elemento personal, que refiere al grupo humano que las constituye, las gestiona, o resulta destinatario de sus acciones.
- b) El elemento patrimonial, que involucra los recursos económicos que se destinarán a la consecución de los fines.

Elementos formales

Como señalamos antes, no cualquier grupo humano que efectúa aportes destinados a una finalidad común es una persona jurídica, sino que es necesaria la existencia de normas jurídicas que regulen su reconocimiento y la realización de actos jurídicos que las constituyan. Identificamos aquí entonces a:

- a) La normatividad, que refiere al conjunto de disposiciones normativas (Constitución Nacional, Tratados Internacionales, Leyes, Decretos, Resoluciones Ministeriales, Disposiciones, etc.) que regulan su reconocimiento, capacidad, funcionamiento, organización, comienzo y fin de su existencia.
- b) El acto constitutivo, consistente en un acto jurídico de derecho privado, en que los fundadores de la entidad expresan su voluntad de constituirla. Este acto jurídico es de carácter unilateral en el caso de las fundaciones, mientras que en las personas jurídicas asociativas es considerado un contrato plurilateral.
- c) La autorización estatal y el registro. Respecto de estos elementos, es importante señalar que no se encuentran presentes en todas las personas jurídicas.

La autorización estatal para funcionar solo es requerida para el caso de las asociaciones y fundaciones, ya que tratándose de bien público es necesario que el Estado verifique y controle que el objetivo declarado sea real.

El registro, en cambio, que se aplica a las sociedades, hace a su oponibilidad frente a terceros.

La finalidad y el principio de especialidad

La otra cuestión que se deriva de la definición que adopta el artículo 141, es que el reconocimiento que efectúa el ordenamiento, es a los efectos del cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, es decir que recepta el llamado ‘principio de especialidad’.

El principio de especialidad indica que la capacidad de la persona jurídica solo puede ejercerse en orden a los objetivos que el Estado computó como conducentes y en vista de los cuales reconoció al ente

como sujeto de derecho. Al margen de esos fines, la persona jurídica carece de personalidad (Herrera et al., 2015 I: 284).

La finalidad es fundamental y constitutiva en las personas jurídicas, dado que es la que justifica la personalidad del grupo (sociedades y asociaciones), del patrimonio (fundaciones) y la protección que el ordenamiento jurídico brinda a estas entidades.

b) Clasificación (artículo 145)

El Código Civil y Comercial clasifica a las personas jurídicas en públicas y privadas. A este respecto es importante señalar que la enumeración que el CCCU hace de las personas jurídicas públicas es solamente descriptiva, ya que se encuentran reguladas en distintas disposiciones normativas de derecho público.

Así, y tal como lo establece el artículo 147:

Artículo 147.- *Ley aplicable.* Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución.

El criterio de distinción que propone el Código es entonces el carácter de derecho público o privado de las normas jurídicas que las regulan. Si están reguladas por normas de derecho público serán personas jurídicas públicas, y de lo contrario, serán personas jurídicas privadas.

La participación estatal, no modifica el carácter de las personas jurídicas privadas, tal como lo dispone el artículo 149, que parece estar dirigido fundamentalmente a las sociedades de economía mixta reguladas por el Decreto 15.349/1946. Estas sociedades de economía mixta pueden ser consideradas privadas o público de conformidad a la preeminencia que la administración estatal ejerza en la constitución, administración y dirección de la empresa y el porcentaje de acciones con que contribuya a la conformación del capital social (Rivera y Medina, 2014 I: 412).

c) Personas Jurídicas públicas: enumeración y concepto (artículo 146)

Las personas jurídicas públicas son las que resultan de la enumeración que efectúa el artículo 146. Esa enumeración no es taxativa.

A partir de dicha enunciación la doctrina ha efectuado una subclasificación según el grado de participación estatal en las mismas en

personas jurídicas públicas estatales y no estatales. Veamos más sobre esta distinción.

Imagen 8



Elaboración propia.

Personas jurídicas públicas estatales

Las personas jurídicas públicas estatales son las detalladas en los incisos a) y b) del artículo 146. Es decir:

- a) El Estado nacional, cuya personalidad surge de los artículos, 1, 9, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128 de la Constitución Nacional;
- b) Las provincias, reguladas por los artículos 6, 31, 121 a 127 de la Constitución Nacional y las respectivas constituciones provinciales;
- c) La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuyo estatuto jurídico surge del artículo 129 de la Constitución Nacional y de su propia constitución de 1996;
- d) los municipios, regidos por el artículo 5 de la Constitución Nacional y el derecho público provincial;
- e) las entidades autárquicas y otras entidades públicas creadas por leyes especiales;
- f) Los Estados extranjeros, cuya personalidad surge del principio de igualdad soberana de los estados, receptado en el artículo 2.2 de la Carta de Naciones Unidas y en la Resolución 2625 de la Organización de Naciones Unidas;

- g) Las organizaciones internacionales a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica.

Las dos últimas resultan de una incorporación del CCCU, mientras que las anteriores ya se encontraban enunciadas en el Código Civil.

Estas personas jurídicas públicas, se caracterizan por:

- a) Ser creadas directamente por el Estado.
- b) Ejercer la potestad de imperio en el ámbito de su actividad.
- c) Poseer patrimonio exclusivamente estatal.
- d) Desempeñar un servicio público.

Personas jurídicas públicas no estatales

Además estas personas de carácter estatal, existen otras personas jurídicas públicas a las que la doctrina ha ubicado dentro de la categoría personas jurídicas públicas no estatales. Se encuentran receptadas en el *in fine* del artículo 146 inciso a) y en el inciso c) del mismo artículo.

En el primer caso, y bajo la fórmula de “las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”, se incluyen entidades tan diversas como empresas del Estado y otras personas jurídicas públicas regidas por leyes especiales, como los partidos políticos, las asociaciones sindicales, los colegios públicos y consejos profesionales, las obras sociales estatales, entre otras.

En el segundo caso, se considera como persona jurídica pública no estatal a la Iglesia Católica. Es esta una cuestión no exenta de debates, fundamentalmente a la luz del principio constitucional de libertad de cultos.

La doctrina mayoritaria, que justifica esta ubicación de la Iglesia Católica como persona jurídica pública se sustenta en el artículo 2 de la Constitución Nacional y en una serie de Concordatos celebrados por el Estado Argentino con la Santa Sede.

En la práctica ello supone que la Iglesia Católica, a diferencia del resto de los cultos, es completamente autónoma y no debe ajustarse en su organización y funcionamiento a ninguna norma del Estado sino tan solo a sus propias normas internas regidas por el Derecho Canónico. A la vez, tampoco requiere autorización estatal alguna para existir. En otras palabras, el Estado se limita a reconocer la personalidad de una institución previamente constituida sin obligarla a cumplir con las normas de derecho interno (Dromi, 1995: 466). Esta circunstancia implica la admisión de una desigualdad ya que este tratamiento es dispensado solo a la Iglesia Católica y no a otros cultos que, como veremos en el párrafo siguiente, son considerados personas jurídicas privadas.

d) Personas jurídicas privadas: clasificación (artículo 148)

El CCCU ha ampliado considerablemente la enumeración de las personas jurídicas privadas en relación con la que efectuaba el Código derogado, que solo hacía referencia a las sociedades civiles y comerciales, asociaciones civiles y fundaciones. En la normativa vigente las sociedades ya no se encuentran previstas dentro de CCCU, sino que se rigen por una ley especial, la vieja Ley de Sociedades Comerciales 19.550 cuya denominación se cambia por la de Ley General de Sociedades para incorporar a las sociedades civiles dentro de su regulación.

El artículo 148 del CCCU menciona:

- a) Las sociedades, reguladas por la Ley General de Sociedades 19.550;
- b) las asociaciones civiles, reguladas en el propio Código, al igual que:
- c) las simples asociaciones y
- d) las fundaciones;
- e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; actualmente sin ley especial que las contemple;
- f) las mutuales, reguladas por Ley 20321;
- g) las cooperativas, que se rigen por la Ley 20331;
- h) el consorcio de propiedad horizontal, regulado en el artículo 2044 y siguientes del CCCU, y, finalmente
- i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

Estas personas jurídicas tendrán un sistema de legislación aplicable cuyo orden jerárquico está previsto en el artículo 150 del CCCU.

Artículo 150.- *Leyes aplicables*. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:

- a) por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto de este Código;
- b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;
- c) por las normas supletorias de leyes especiales, en su defecto, por las de este Título.

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.

Clasificación

El Código de Vélez Sarfield hacía una distinción entre personas jurídicas privadas ‘con fines de lucro’, entre las que incluía a las sociedades y ‘sin fines de lucro’, entre las que se encontraban las asociaciones civiles y fundaciones. Actualmente dicha clasificación no se encuentra expresa en el CCCU, aunque surge de la propia definición de las asociaciones civiles, las simples asociaciones y las fundaciones.

En efecto, el segundo párrafo del artículo 168 establece respecto de las asociaciones civiles que:

No deben perseguir el lucro como fin principal, ni pueden tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.

En el mismo sentido, pero en relación con las fundaciones, el artículo 193 indica que:

Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro (...)

Es importante señalar que la ausencia de fin lucrativo indica, básicamente, la imposibilidad de distribución de ganancias entre los miembros de estas entidades, pero no impide el desarrollo de actividades lucrativas, en tanto el producido de dicha actividad se destine al cumplimiento de los fines altruistas que debe perseguir la entidad.

Como consecuencia del carácter no lucrativo de estas entidades, el destino de los bienes en caso de que existiera un remanente luego de su liquidación, no será nunca la distribución entre los miembros o integrantes, sino que deberá dárseles el destino previsto en el estatuto, o entregárselos a una entidad domiciliada en la República de similar objeto a la liquidada (argumento artículo 185 y 217 del CCCU).

Respecto de las personas jurídicas privadas con fines de lucro, el artículo 1 de la Ley General de Sociedades 19550 reza:

Artículo 1 Ley N° 19.550 (t.o. 2014).- Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

De dicha norma se desprende, de un lado, la incorporación de la sociedad unipersonal, que solo puede ser constituida bajo la forma de sociedad anónima, con la denominación ‘sociedad anónima unipersonal o SAU y a través de un instrumento público.

Por otro lado, el carácter comercial de una sociedad dependerá de la adopción de uno de los tipos previstos en la ley, de lo que se deduce que las antiguas sociedades civiles constituidas bajo la vigencia del ordenamiento anterior, quedarán reducidas a meras sociedades irregulares o de hecho.

Los tipos admitidos son:

- a) Sociedad colectiva (artículo 125 Ley 19550)
- b) Sociedad en comandita simple (artículo 134 Ley 19550)
- c) Sociedad de capital e industria (artículo 141 Ley 19550)
- d) Sociedad de responsabilidad limitada (artículo 146 Ley 19550)
- e) Sociedad anónima (artículo 163 Ley 19550)
- f) Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (artículo 308 Ley 19550)
- g) Sociedad en comandita por acciones (artículo 315 Ley 19550)
- e) Atributos y efectos (artículo 151/156)

Atributos de las personas jurídicas privadas

Los atributos inherentes a la persona refieren a cualidades intrínsecas y permanentes que concurren a constituir la esencia de la personalidad. Son cualidades dependientes e inseparables del ente personal, de manera que no pueden existir sino en él, y este no puede ser sin revestir esas mismas propiedades.

Hay atributos comunes a todas las personas: el nombre, la capacidad, el domicilio y el patrimonio. Mientras que las personas natural o humana detentan además de estos al ‘estado’ como atributo de su personalidad.

Nombre

Durante el sistema anterior era de práctica utilizar el término ‘nombre’ para referirse a la identificación de la persona humana y ‘denominación’ en lo referido a la persona jurídica. Sin embargo el CCCU ha optado por llamar también ‘nombre’ al atributo de individualización de la persona jurídica.

A través del artículo 151 del CCCU, se establece la obligación de toda persona jurídica de tener una denominación, a la vez que se indica que dicha identificación debe estar integrada por la mención específica de la forma jurídica adoptada.

Aunque en principio la denominación es de libre elección, el código establece una serie de recaudos que es necesario adoptar a fin de proteger a los terceros. De este modo, se requiere que el nombre escogido cumpla con los requisitos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, de modo que no lleve a confusión respecto de otras entidades ni de la naturaleza de las actividades, bienes o servicios que forman parte de su objeto social.

A la vez, la exigencia de la inclusión del tipo legal adoptado, se orienta que los terceros conozcan la naturaleza y extensión de la responsabilidad de los socios y el sistema de representación del ente.

El CCCU permite la utilización del nombre de personas humanas para la designación de personas jurídicas bajo la exigencia de la conformidad de estas o sus herederos, conformidad que se presume en el caso de que sean miembros.

Esta regulación refiere al nombre como atributo de las personas jurídicas, es decir, lo que la doctrina ha llamado denominación o nombre social consistente en su identificación y la especificación de la tipología escogida.

Ello no obsta a que, en el caso de las sociedades, exista además un nombre comercial con el que se conoce al establecimiento o al producto o servicio que ofrece.

Es necesario distinguir el nombre social de la llamada ‘razón social’. La razón social se integra con el nombre de uno o más socios, con el aditamento ‘y Cía.’, que solo puede mencionar los nombres de los socios de responsabilidad ilimitada y solidaria. En consecuencia, la razón social solo es aplicable a las sociedades colectivas (artículo 126, Ley 19550), las sociedades en comandita simple (artículo 134 Ley 19.550) y las sociedades en comandita por acciones (artículo 317 Ley 19559) y la vulneración de dicha regla apareja la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios.

Domicilio

El CCCU mantiene la distinción ya existente en la práctica entre domicilio y sede social. Así, el artículo 152 establece:

Artículo 152.- *Domicilio y sede social.* El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de

sede, si no forma parte del estatuto, puede ser resuelto por el órgano de administración.

En primer lugar es necesario señalar que nos encontramos frente a un supuesto de domicilio legal. De este modo, la ley presume sin admitir prueba en contrario que las personas jurídicas tienen su domicilio en el indicado en sus estatutos.

Es de práctica que los estatutos identifiquen de manera genérica el domicilio, designando la ciudad en la cual se asienta la persona jurídica, delegando la facultad de establecer la sede de su administración al órgano ejecutivo. De este modo, el cambio de sede puede ser resuelto de manera más dinámica por el órgano de administración.

El cambio de domicilio, por su lado, requiere reforma de Estatuto.

Por otro lado, la norma regula también el domicilio de las sucursales como un caso de domicilio especial que surge de la propia ley. Este domicilio no será aplicable a todas las relaciones jurídicas que involucren a la persona en cuestión, sino solo a las obligaciones contraídas en dicha sucursal.

El artículo 153 por su parte incorpora una regla destinada a la protección de la seguridad jurídica. En virtud de lo allí prescripto “se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta.

Patrimonio

Otro de los atributos de las personas jurídicas es su patrimonio, que constituye uno de sus elementos constitutivos. La separación de patrimonios entre la persona jurídica y sus miembros es la clave de bóveda de todo el sistema de la personalidad jurídica diferenciada (Rivera y Medina, 2014 I: 417), por lo que no es posible la idea de una persona jurídica sin patrimonio. Esta exigencia surge del texto del artículo 154 del CCCU.

Ese patrimonio estará constituido por todos los bienes de la persona jurídica, y a efectos de facilitar su constitución el artículo 154 prevé la posibilidad de inscripción preventiva de bienes registrables a nombre de la persona jurídica en formación. Esta inscripción preventiva posibilita la afectación del bien al destino en cuestión, sustrayéndolo del patrimonio de los fundadores en el período de tiempo en que se realiza el proceso de constitución.

La doctrina ha señalado la necesidad de reglamentar adecuadamente esta registración estableciendo un plazo de caducidad a la misma, ya que

la solución propuesta puede dar abusos que perjudiquen a los acreedores de los fundadores.

Duración

La duración no es un atributo sino un efecto de la personalidad jurídica. El CCCU establece como principio general la duración ilimitada en el tiempo de la personalidad jurídica. Esta regla cede frente a la existencia de una ley especial, como sucede en el caso de la Ley General de Sociedades, que establece en su artículo 11 inciso 5 la obligatoriedad de establecer un plazo de duración determinado en sus estatutos.

Este principio general de la duración ilimitada de las personas jurídicas se expresa a través de dos institutos que permiten evitar que el agotamiento del plazo produzca la extinción automática de la personalidad cuando en sus estatutos se haya fijado un plazo determinado: la prórroga, prevista en el artículo 165 y la reconducción, reglada en el artículo 166.

Para comprender estos institutos es necesario partir de la base de que el artículo 164 inciso d) prevé al vencimiento del plazo de duración como una causal de disolución de la persona jurídica. Es así que, en los casos de que estatutaria o legalmente se haya previsto una duración determinada, el cumplimiento del plazo traerá aparejado el fin de su existencia.

El instituto de la prórroga (artículo 166 del CCCU), se aplica cuando el plazo de duración aún no ha vencido. De este modo los miembros podrán acordar la prórroga del mismo mediante los procedimientos legales o estatutarios pertinentes, siempre que el vencimiento no se haya producido y que la decisión sea notificada ante la autoridad de control correspondiente.

El instituto de la reconducción (artículo 166 del CCCU), se aplica a los casos en que el vencimiento del plazo ha operado, se produjo en consecuencia la disolución de la persona jurídica, pero no ha concluido aún el proceso de liquidación. De este modo, nos encontramos frente a una figura que permite revertir los efectos de la disolución ya operada. La unanimidad o mayoría exigida para la toma de dicha decisión dependerá de las disposiciones normativas o estatutarias vigentes según el tipo legal adoptado.

Objeto

Otro de los efectos de la personalidad jurídica es el objeto. Al respecto, el CCCU establece como regla general que debe ser preciso y determinado (artículo 156). Mayores precisiones sobre este tema serán dadas al abordar más adelante las personas jurídicas privadas en particular.

f) Funcionamiento (artículo 157 y sgtes.)

A diferencia del Código anterior que no contenía previsiones respecto del funcionamiento de las personas jurídicas, el CCCU ha optado por incluir una serie de reglas que informan su actuación.

Como en materia de personas jurídicas rige el principio de autonomía de la voluntad, el CCCU delega en las decisiones de los fundadores volcadas estatutariamente la regulación de la estructura orgánica, el régimen para la toma de decisiones, la representación de la entidad, y la fiscalización interna.

De acuerdo al artículo 157, el estatuto, podrá ser modificado de acuerdo a los procedimientos previstos en su propio texto o en la ley, y dicha modificación surte efectos para los miembros de la entidad desde el momento mismo de su adopción, mientras que será oponible a terceros a partir de su inscripción, cuando esta es requerida.

Sin embargo, en ausencia de previsión, el artículo 158 incorpora algunas reglas de Gobierno, Administración y Fiscalización.

Artículo 158.- *Gobierno, administración y fiscalización.* El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica. En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas:

a. si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.

b. los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.

El primer inciso habilita específicamente la posibilidad de la utilización de medios electrónicos de comunicación sincrónica y simultánea para la realización de reuniones de órganos colegiados de modo no presencial. Esta incorporación viene a resolver la duda sobre la validez una práctica que venía afianzándose, especialmente en aquellas entidades con un ámbito de actuación territorial extenso, en las que la celebración

de reuniones presenciales implicaba un aumento de los gastos operativos de traslado y viáticos.

El segundo inciso, faculta a los órganos colegiados a autoconvocarse, sin necesidad de citación previa. La validez de la reunión requiere la presencia de la totalidad de los miembros y la aprobación del orden del día por unanimidad. La norma está orientada a superar situaciones que obstaculizan la toma de decisiones, cuando por ejemplo, el órgano autorizado estatutariamente a efectuar la convocatoria, no lo hace.

En el mismo sentido, el artículo 161 está llamado a proveer remedio o soluciones provisorios para evitar las consecuencias de un eventual bloqueo que pudiera afectar el funcionamiento de los órganos ejecutivos de la entidad.

Artículo 161.- *Obstáculos que impiden adoptar decisiones.* Si como consecuencia de la oposición u omisión sistemáticas en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente forma:

- a. el presidente, o alguno de los coadministradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios;
- b. los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución;
- c. la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador.

g) Comienzo de la existencia de las personas jurídicas privadas (artículo 142)

El artículo 142 del CCCU, ubicado en la parte general del Título II establece las pautas de comienzo de la existencia de todas las personas jurídicas privadas. De este modo, se establece como criterio general la regla de la constitución.

A continuación, fija una excepción a esta regla general, prescribiendo que en el caso de las personas jurídicas que requieren autorización estatal para funcionar, como las asociaciones civiles y las fundaciones, el comienzo de la existencia se produce al obtenerse esta.

Es así que, nuestro derecho, reconoce diversos sistemas de constitución, y en función de cada sistema diferencia el momento en que opera el comienzo de la existencia.

h) Personalidad diferenciada (artículo 143) e Inoponibilidad (artículo 144)

Todo el sentido de la regulación y el reconocimiento del fenómeno de la personalidad jurídica se vincula con la posibilidad de que las personas humanas, en el desarrollo de diversas actividades, den nacimiento a sujetos de derecho separados de sus fundadores, miembros y administradores, con distinto patrimonio y un diferente régimen de responsabilidad.

La piedra de toque del sistema de la personalidad jurídica es entonces el llamado *principio de independencia* que el CCCU receta en el artículo 143 bajo el nombre ‘personalidad diferenciada’, consagrando la separación de patrimonios entre la persona jurídica y quienes la administran.

Dicho principio opera tanto respecto de los bienes de que es titular la persona jurídica y que no pertenecen por tanto a ninguno ni a todos sus miembros, como de las obligaciones, ya que ninguno de sus miembros, ni el conjunto de ellos, es responsable de estas (Rivera y Medina, 2014 I, p. 402).

Esta regla que, como hemos dicho, es estructurante de todo el sistema de la personalidad jurídica, reconoce una excepción, a partir de la incorporación de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica en el artículo 144.

Artículo 144. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derecho de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

La norma en cuestión tiene como antecedente normativo el segundo párrafo del artículo 54 de la Ley 19550.

Nos encontramos frente a una norma orientada a dar una solución a aquellas situaciones en las que la personalidad jurídica es utilizada para perjudicar derechos de terceros o violar la ley.

En estos casos, la respuesta del ordenamiento jurídico se orienta a desconocer la personalidad jurídica y ese desconocimiento opera en un doble sentido: a) permite ‘levantar el velo’ para ver qué hay detrás de la persona jurídica, lo que faculta a atribuir la actuación de un socio, asociado, miembro o controlante directo o indirecto del ente en su propia persona; b) deja sin efecto la limitación de responsabilidad, atribuyéndose responsabilidad solidaria e ilimitada al administrador por los perjuicios causados.

A su vez, como lo que se cuestiona es la ‘actuación’ desviada del ente, no es necesario que se trate de una persona jurídica ficticia, de causa ilícita o simulada, creada específicamente para burlar la ley, sino que es suficiente con que su actuación resulte desviada.

Por ello, la aplicación del artículo no trae como consecuencia la desestimación absoluta y total de la personalidad, sino que establece un supuesto de inoponibilidad respecto de quienes resultaron perjudicados por dicha actuación.

Este criterio, deja incólume la validez de la constitución de la persona jurídica, protegiendo a los terceros de buena fe que hubieran contratado con el ente.

i) Fin de la existencia de las personas jurídicas privadas (artículo 163 y sgtes.)

El fin de la existencia de las personas jurídicas privadas es un acto jurídico denominado ‘disolución’ en virtud del cual, previa verificación de alguna de las causales previstas por la ley, el estatuto o el contrato social, se abre el período de liquidación luego del cual se extinguirán todas las relaciones jurídicas de la persona y esta desaparecerá como tal.

Las causales de disolución de la persona jurídica están previstas en los artículos 162, 163 y 164 del CCCU y han sido clasificadas doctrinariamente del siguiente modo.

Causales de disolución voluntaria

Se encuentran previstas en los artículos 163 y 162, y refieren a supuestos en los que interviene la autonomía de la voluntad, expresada en el estatuto o en una decisión posterior, para poner fin a la persona jurídica. Dentro de estas encontramos:

a) Disolución anticipada por voluntad de los miembros adoptada de acuerdo a las mayorías y procedimientos establecidos en el estatuto o disposición legal especial.

b) Cumplimiento de una condición resolutoria impuesta en el acto de constitución.

c) Consecución del objeto o imposibilidad de cumplirlo, en tanto implica la extinción de la finalidad que constituye su razón de ser.

d) Vencimiento del plazo, que opera de pleno derecho en caso de que se lo haya previsto estatutariamente. Esta causal de disolución puede evitarse, como hemos visto antes, a través de la prórroga y la reconducción.

e) Transformación, fusión y escisión. Estas causales están previstas en el artículo 162. La transformación permite la adopción de otra forma jurídica o tipo distinto. La fusión, por su parte, puede operar de dos formas, mediante la unión de dos o más sociedades para formar una nueva –fusión propiamente dicha– o bien mediante la absorción o incorporación, en la que la sociedad absorbente continúa existiendo y la absorbida suma su patrimonio a la primera, sin liquidarse.

Disolución por conclusión de bienes y quiebra

En esta categoría ubicamos a las causales previstas en los incisos e) e i) del artículo 163.

En el primer caso, la disolución se produce por la declaración judicial de quiebra de la persona jurídica, que solo puede quedar sin efecto en caso de avenimiento o conversión de la quiebra en concurso preventivo.

En el segundo caso, el agotamiento de los bienes supone la ausencia de uno de los elementos materiales constitutivos de las personas jurídicas: el patrimonio.

Disolución por revocación de la autorización estatal para funcionar

Está prevista en el artículo 164 del CCCU. La revocación de la autorización estatal para funcionar implica la existencia de hechos graves que vulneran la ley, el estatuto y el reglamento, y que en consecuencia, dejan sin efecto las razones que dieron lugar a esta.

La norma deja en claro que tan grave sanción debe disponerse por resolución fundada y que además el procedimiento debe ajustarse a las garantías judiciales del debido proceso, por lo que debe garantizarse el derecho de defensa y la posibilidad de interponer recursos contra la decisión.

Disolución por reducción del número de miembros

Esta causal solo opera en los supuestos en que la ley prevé la pluralidad de miembros como condición de existencia de la entidad, como sucede, por ejemplo, en el caso de las asociaciones civiles. Se trata de un supuesto que no opera automáticamente, sino luego de cumplirse un plazo de tres meses que la ley prevé para su restablecimiento.

En el caso de las sociedades, a partir de la incorporación de la sociedad anónima unipersonal a nuestro sistema jurídico, esta causal se ha eliminado. Es así que el actual artículo 94 bis de la Ley General de Sociedades 19550 prevé:

Artículo 94 bis.- La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses.

Cualquier otra causal prevista en el estatuto o en la ley

Finalmente, el inciso j) del artículo 163 faculta el establecimiento de causales propias de disolución en el estatuto, y reconoce la posibilidad de que existan otras previstas en ley especial.

j) Destino de los bienes (artículos 167, 185, 217)

Una vez verificada la existencia de una de las causales de disolución que hemos analizado en los párrafos precedentes, se inicia la etapa de liquidación de la persona jurídica, que consiste en la realización del activo, cancelación del pasivo y entrega del remanente a quien corresponda de acuerdo al tipo de entidad de que se trate.

Durante esta etapa, la entidad no podrá asumir nuevas obligaciones ni realizar ninguna operación, entendiéndose que su personalidad continúa al solo efecto de concluir las pendientes. Para proteger a los terceros, la ley obliga a adicionar durante este período la expresión ‘en liquidación’ al nombre de la entidad.

El artículo 167 del CCCU establece que el remanente será entregado a los miembros o a terceros, según lo establezca el estatuto o lo exija la ley.

El destino de los bienes es una de las características que nos permiten distinguir entre una entidad lucrativa y una entidad sin fines de lucro. En efecto, en los casos en los que, luego de cumplidas las obligaciones pendientes de la entidad con el activo patrimonial de la persona jurídica, existiera un remanente, el destino de el mismo es diferente.

Así, en el caso de las sociedades, el remanente será entregado a los miembros, mientras que en el caso de las asociaciones civiles y fundaciones, esta solución no es posible.

El artículo 185 del CCCU, aplicable a las asociaciones civiles, reza:

Artículo 185.- *Procedimiento de liquidación.* El procedimiento de liquidación se rige por las disposiciones del estatuto y se lleva a cabo bajo la vigilancia del órgano de fiscalización.

Cualquiera sea la causal de disolución, el patrimonio resultante de la liquidación no se distribuye entre los asociados. En todos los casos debe darse el destino previsto en el estatuto y, a falta de previsión el remanente debe destinarse a otra asociación civil domiciliada en la república de objeto igual o similar a la liquidada.

Para el caso de las fundaciones, la solución está dada por el artículo 217, que establece:

Artículo 217.- *Destino de los bienes.* En caso de disolución, el remanente de los bienes debe destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República. Esta disposición no se aplica a las fundaciones extranjeras.

Las decisiones que se adopten en lo relativo al traspaso del remanente de los bienes requieren la previa aprobación de la autoridad de contralor.

2. PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS

a) Capacidad de las personas jurídicas privadas (artículo 141)

La capacidad de derecho de las personas jurídicas privadas surge de su propia definición, prevista en el artículo 141. Ya hemos hecho referencia a ella, al comenzar el capítulo, cuando mencionamos el llamado principio de especialidad.

Es que, como lo señalamos antes, mientras la capacidad jurídica de las personas humanas es plena, en tanto pueden realizar todos aquellos actos que no le están vedados (principio de legalidad y principio de reserva previstos en el artículo 19 de la Constitución Nacional), la capacidad de las personas jurídicas está limitada o restringida por el principio de especialidad, que sujeta la actuación de las personas jurídicas al objeto y a los fines de su constitución. Más allá de dicha finalidad, la actuación de la persona jurídica está vedada, ya que fuera de ella carece de personalidad.

b) Actuación: la representación orgánica (artículo 358)

En el párrafo precedente nos hemos referido a las características de la capacidad de derecho de las personas jurídicas, que se encuentra restringida o limitada por el principio de especialidad. Abordaremos aquí lo relativo a su capacidad de ejercicio.

La cuestión de la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas ha dado lugar a largos debates doctrinarios. El Código de Vélez Sarfield, en su redacción original, y siguiendo como fuente a Freitas, trataba a las personas jurídicas como incapaces de ejercicio, y, en consecuencia, les atribuía una representación⁸. Ello significaba que el vínculo existente entre la persona jurídica y sus directores o administradores era externo, y se encontraba regulado por las reglas del mandato.

Poco a poco, la doctrina y la jurisprudencia fueron dejando atrás esta postura, y a la luz de las teorías realistas, comenzaron a reconocer que las personas jurídicas actúan en el mundo del derecho a través de los órganos de los que han sido dotadas, que expresan una voluntad propia y diferenciada de la de los individuos que los integran. De este modo, el vínculo entre las personas jurídicas y sus administradores o directores, comenzó a ser considerado como un vínculo interno.

Esta última solución es la que parece adoptar el artículo 385 del CCCU, al considerar como representación orgánica a la resultante del estatuto de una persona jurídica.

c) Responsabilidad civil contractual (artículo 141) y extracontractual (artículo 1753, 1757, 1763)

La responsabilidad contractual de las personas jurídicas es una consecuencia de su capacidad jurídica. En efecto, si reconocemos a estos entes la aptitud para contraer obligaciones como consecuencia de su actuación en el campo de las relaciones jurídicas, es necesario admitir su responsabilidad contractual como correlato necesario de la misma.

De este modo, quienes hayan contratado con una persona jurídica, adquieren el derecho de ejercer contra ella las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere, que incluyen la posibilidad de ejecutar los bienes que integran su patrimonio.

Mayores dificultades ofrece, en cambio, la determinación de los alcances de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, es decir, aquella derivada de los hechos ilícitos.

El Código de Vélez Sarfield, en su redacción original del artículo 43, adoptaba el criterio de la irresponsabilidad de las personas jurídicas

⁸ Esta posición se sustentaba en la aplicación normativa de la Teoría de la Ficción elaborada por Savigny. Esta teoría consideraba a las personas jurídicas una creación ficticia del legislador, tendiente a la consecución de determinados fines altruistas. Como las personas jurídicas eran consideradas una mera ficción, entonces era necesario atribuirles una representación para que pudieran funcionar en el mundo jurídico. La aplicación de esta teoría traía aparejada la irresponsabilidad de la persona jurídica por los actos concluidos por sus miembros en exceso de las funciones atribuidas y a su irresponsabilidad por hechos ilícitos, dado que no es posible otorgar mandato a tales fines.

derivada de hechos ilícitos. Esta cuestión fue superada por la Ley 17711 que modificó dicho texto incorporando diversos supuestos de responsabilidad directa, indirecta y objetiva de las personas jurídicas.

El CCCU mantiene dicha solución.

La *responsabilidad directa* de la persona jurídica por hechos ilícitos está prevista en el artículo 1763 del CCCU que establece que “la persona jurídica responde por los actos causados por quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones”.

La noción de ejercicio de la función refiere específicamente al desarrollo de los actos previstos en el estatuto, mientras que el criterio de la ocasión es mucho más dinámico, y exigirá un análisis de las circunstancias del caso para atribuir la responsabilidad cuando exista una relación de causalidad adecuada entre el hecho ilícito y la función.

Este supuesto de responsabilidad, se suma a la *responsabilidad de los administradores*, quienes a la luz del artículo 160 “responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.

A estos dos supuestos se agregan otros dos:

El artículo 1753 del CCCU prevé el caso de la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes. Se trata de un supuesto de *responsabilidad indirecta o refleja* que no es exclusivo de las personas jurídicas, pero que puede aplicarse a estas cuando sus dependientes cometan daños en el ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Por otro lado, el artículo 1757 del CCCU refiere a la *responsabilidad objetiva* que corresponde a toda persona por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas de que se sirve, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. En estos casos, como nos encontramos frente a un factor de atribución de responsabilidad objetivo, la ausencia de culpa no es eximente de la responsabilidad.

3. ASOCIACIONES

a) Concepto (artículo 168)

Las asociaciones civiles son personas jurídicas que nacen de una unión relativamente estable de personas. De este modo, el elemento personal cobra en esta figura una relevancia mayor que en otras clases de

personas jurídicas. Las asociaciones civiles tienen miembros, sean fundadores o se hayan incorporado con posterioridad, y estos miembros serán quienes llevan adelante su funcionamiento, los destinatarios de su accionar, y los responsables de controlar su situación financiera.

Existen distintas clases de asociaciones, a las que llamamos de primero, segundo o tercer grado.

Las asociaciones de primer grado están formadas por personas humanas, pensemos por ejemplo, en un club de barrio. Cuando estas entidades se agrupan entre sí, nos encontramos frente a una asociación de segundo grado, como puede ser una asociación de clubes en los que se practica determinado deporte. Finalmente, existen también asociaciones de tercer grado, que se componen con las de segundo grado.

Además, nuestro sistema prevé la posibilidad de que existan asociaciones constituidas bajo forma societaria, de acuerdo a lo normado por el artículo 3 de la Ley General de Sociedades 19550. En ese caso, quedarán sujetas a las disposiciones de dicha legislación especial, aunque seguirá teniendo vedada la distribución de utilidades entre sus miembros y deberá perseguir una finalidad altruista para seguir siendo considerada como tal.

El CCCU no define a las Asociaciones Civiles, pero establece en su artículo 168 las características de su objeto:

Artículo 168.-*Objeto*. La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general se interpreta dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones, sean culturales, religiosas, artísticas, literarias, sociales, políticas o étnicas que no vulneren los valores constitucionales.

No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.

La redacción actual del artículo 168 tiene su raíz en la doctrina establecida la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la interpretación del requisito del ‘bien común’ en el famoso caso ALITT⁹. En este sentido, en una interpretación de este requisito que resulte coherente con los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado argentino forma parte, el reconocimiento del fenómeno del asociacionismo se inscribe en la llamada libertad de asociación, y sus eventuales limitaciones deben analizarse bajo el estándar de las justas exigencias de una sociedad democrática. De este modo lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia al señalar que:

9 CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad travesti-transsexual c/ Estado Nacional”, 21/11/2006, Fallos: 329:5266.

El ‘bien común’ no es una abstracción independiente de las personas o un espíritu colectivo diferente de estas y menos aun lo que la mayoría considere ‘común’ excluyendo a las minorías, sino que simple y sencillamente es el bien de todas las personas, las que suelen agruparse según intereses dispares, contando con que toda sociedad contemporánea es necesariamente plural, esto es, compuesta por personas con diferentes preferencias, visiones del mundo, intereses, proyectos, ideas, etc. (CSJN, “Asociación Lucha por la Identidad travesti-transexual c/ Estado Nacional”, 21/11/2006, Fallos: 329:5266).

Estas reglas interpretativas obligan al estado a hacer un uso medido de sus facultades discrecionales y de contralor al autorizar el funcionamiento de la entidad, de manera que la denegación de la personería a un grupo debe ser ejercida con criterio restrictivo.

En lo referido a la ausencia de finalidad lucrativa, es importante señalar que no veda la posibilidad de realizar actividades que generen ganancias (por ejemplo, la locación onerosa de las instalaciones del club), en la medida que el producido de dichas actividades sea destinado a la consecución del objeto altruista de la entidad.

En cuanto a la forma de su constitución, el artículo 169 del CCCU exige el instrumento público. Además, la entidad deberá obtener la autorización estatal para funcionar, tal como lo prevé el artículo 174, y está bajo permanente contralor de autoridad nacional o provincial, según corresponda. Si existiera funcionamiento previo a la obtención de la autorización estatal, se aplicarán las reglas de las simples asociaciones, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 169 *in fine*.

El artículo 170 establece los requisitos del acto constitutivo y del estatuto, que han sido receptados legislativamente a partir de la práctica administrativa que venía desarrollándose hasta la sanción del CCCU.

b) Órganos de gobierno (artículo 170 inc. I)

La voluntad de la asociación civil, al igual que la de las restantes personas jurídicas, se expresa a través de los órganos que la conducen.

El CCCU impone a las asociaciones civiles una estructura compuesta por tres órganos necesarios o imprescindibles, a los que pueden sumarse otros incorporados por voluntad de los miembros.

Es así que el artículo 170 inc. I, establece:

...Deben preverse la comisión directiva, las asambleas y el órgano de fiscalización interna, regulándose su composición, requisitos de integración, duración de sus integrantes, competencias, funciones

atribuciones y funcionamiento, en cuanto a convocatoria, constitución, deliberación, decisiones y documentación.

Las asambleas: órganos deliberativos

La asamblea es el órgano principal y soberano de las asociaciones civiles, por lo que constituye su autoridad máxima. En ella se encuentran representados –de manera directa o indirecta– todos los miembros de la entidad, excepto los que hayan sido excluidos en el estatuto de esa participación (v.gr. socios/as menores de edad, socios/as suspendidos, socios que adeuden cuotas y contribuciones mientras no las purguen antes de su celebración).

En tal carácter la asamblea está llamada a diseñar las líneas de actuación que guiarán el trabajo cotidiano de la entidad, modificar los estatutos, nombrar a los integrantes de los restantes órganos, aprobar su gestión, y a ejercer toda otra función no delegada en el estatuto.

Existen dos clases de asambleas: ordinarias y extraordinarias.

Las asambleas ordinarias se reúnen en forma periódica, habitualmente con una frecuencia anual y tratan asuntos rutinarios de la entidad. Así, es de práctica que en las asambleas ordinarias:

- a) se aprueben la memoria, el inventario, el cuadro demostrativo de gastos y recursos y el informe del órgano de fiscalización correspondientes al ejercicio anterior;
- b) se fije el monto de las cuotas sociales;
- c) se elijan los integrantes de la comisión directiva y del órgano de fiscalización.

Las restantes cuestiones y en especial las que revisten cierta gravedad, son materia de asamblea extraordinaria, como por ejemplo:

- a) la reforma de estatuto;
- b) la decisión sobre la fusión, escisión o disolución de la entidad;
- c) la prórroga de su plazo de duración;
- d) la autorización de actos de disposición relevantes para el patrimonio de la asociación.

La comisión directiva: órgano ejecutivo

La comisión directiva –a veces llamada directorio o consejo directivo– es el órgano encargado del manejo de los asuntos cotidianos de la asociación. Se trata de un órgano de carácter ejecutivo, llamado a cumplir el mandato de la asamblea, que los nombra y remueve.

La comisión directiva ejerce la representación de la entidad, y los mandatos de sus miembros tienen una duración determinada en el tiempo.

El CCCU establece en su artículo 171 que la comisión directiva debe estar integrada al menos por tres cargos: presidente, secretario/a y tesorero/a, sin perjuicio de que los estatutos puedan decidir una conformación mayor. Se llama vocales a los restantes miembros.

Se exige asimismo que sus integrantes revistan la calidad de asociados/as, a la vez que el derecho a participar de la comisión directiva no puede restringirse abusivamente. Es habitual que los estatutos exijan una antigüedad mínima en la calidad de asociado/a, o determinadas características personales, en la medida en que la reglamentación resulte razonable.

La responsabilidad de los directivos frente a la entidad, se extingue solo por la aprobación de su gestión, renuncia o transacción resuelta en asamblea ordinaria, lo que da cuenta del carácter subsidiario del órgano. Asimismo, se prevé que la responsabilidad no se extinga en caso de violación de normas imperativas o cuando medie oposición expresa y fundada de un diez por ciento del total de los socios/as con derecho a voto.

La Sindicatura o Comisión Revisora de Cuentas: órgano de fiscalización

Estos órganos tienen la misión de efectuar el contralor interno de las cuentas de la asociación. Puede tener una estructura unipersonal, en el caso de la Sindicatura o colectiva, en el caso de la comisión revisora de cuentas. El artículo 172 del CCCU impone en su segundo párrafo la obligatoriedad de la composición colectiva, cuando la asociación tenga más de cien asociados/as.

Nos encontramos aquí frente a un órgano de fiscalización interna, cuyo rol es diferente de la fiscalización externa que ejerce la autoridad estatal.

A diferencia de lo que sucede con la comisión directiva, la sindicatura o comisión revisora de cuentas puede ser ejercida por personas no asociadas. Además, el código prevé en su artículo 173 un sistema de incompatibilidades, para aportar mayor transparencia al manejo de las cuentas de la entidad.

De este modo, no podrán integrar el órgano de fiscalización ni los miembros de la comisión, ni sus cónyuges, convivientes, parientes colaterales o afines de cualquier grado, ni colaterales hasta el cuarto grado. Tampoco podrán hacerlo quienes certifiquen los estados contables de la entidad.

En la práctica administrativa, la cuestión se ha resuelto mediante la presentación por los/las revisores de una declaración jurada en que manifiesten que no se encuentran incursos en las incompatibilidades previstas en la ley.

c) Derechos y deberes de la entidad y sus miembros

Los miembros de la asociación civil tienen derecho a participar de los órganos de gobierno de la entidad y de todas sus actividades.

A su vez, existe otro derecho fundamental en el marco del derecho de asociación, que es el de renuncia. La renuncia expresa la dimensión negativa de la libertad de asociarse. En este sentido, el artículo 179 establece que el derecho de renuncia no puede ser limitado.

Los/las socios/as están obligados fundamentalmente a efectuar las contribuciones y pagar las cuotas sociales. Además deben cumplir con las reglas de conducta que imponga el estatuto. En este sentido, se establece la obligatoriedad de prever en el estatuto un régimen disciplinario en el que se identifiquen las faltas y sus respectivas sanciones.

En algunos casos, el ejercicio de la potestad disciplinaria de la entidad respecto de los miembros es delegada en un órgano específico llamado tribunal disciplinario o tribunal de ética. Si no está previsto, la competencia recae sobre la asamblea.

Las sanciones disciplinarias son graduales, y deben guardar una adecuada relación con la gravedad de la falta cometida. En la práctica se reconoce una escala que va desde el llamado al orden o amonestación, a la multa, para finalizar en la suspensión y expulsión para los casos de extrema gravedad.

Es imprescindible que el procedimiento disciplinario resguarde el derecho de defensa de los afectados. Además deberá preverse una instancia recursiva en los casos en que la decisión no haya sido adoptada por la asamblea.

En principio, está vedado el recurso a la vía judicial, excepto para los casos de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

4. LAS SIMPLES ASOCIACIONES: Régimen específico (artículo 187 y sgtes.)

Las simples asociaciones son una categoría específica de asociación que, a diferencia de las asociaciones civiles, no requiere autorización estatal para funcionar.

Se trata de entidades que por las características de las actividades que llevan a cabo, o por la circunstancia de gestionar un patrimonio de menor cuantía, requieren de un régimen simplificado.

En nuestro medio es frecuente que adopten esta forma jurídica pequeñas organizaciones barriales, entidades estudiantiles, algunas cooperadoras escolares y hasta cuerpos de bomberos voluntarios.

El CCCU despeja las dudas acerca de su naturaleza jurídica, ya que les reconoce el carácter de personas jurídicas al enumerarlas entre las personas privadas del artículo 148.

Para obtener dicho reconocimiento, es necesario que el acto constitutivo conste en instrumento público o privado con firma certificada y que su nombre incluya los términos ‘simple asociación o asociación simple’.

Como no requieren autorización estatal para funcionar, el comienzo de su existencia se fija en el momento de su constitución (artículo 189).

Si bien se rigen supletoriamente por el régimen de las asociaciones civiles, presentan respecto de estas últimas algunas diferencias importantes.

En primer lugar, cuando tengan menos de veinte asociados/as podrán prescindir del órgano de fiscalización, tal como lo prevé el artículo 190. En ese caso, el contralor interno de las cuentas de la entidad puede ser llevado a cabo por cualquier asociado/a. Sin perjuicio de esta mayor flexibilidad, el CCCU les impone la obligación de certificar los estados contables.

En segundo lugar, el sistema de responsabilidad es diferente. En caso de insuficiencia de bienes, los administradores de hecho o de derecho de los asuntos de la entidad responden solidariamente por las deudas de la simple asociación que resulten de decisiones en las que hayan participado.

Esta responsabilidad solidaria se hará efectiva una vez que los administradores hayan satisfecho a sus acreedores individuales.

En cuanto a los miembros, el artículo 192 del CCCU adopta la misma solución que para las asociaciones civiles. Su responsabilidad solo se extiende a las contribuciones prometidas o el monto de las cuotas impagas, lo que es una consecuencia de la aplicación del principio de independencia.

5. FUNDACIONES

a) Concepto (artículo 193). Diferencias con las asociaciones

Las fundaciones se encuentran definidas en nuestro ordenamiento jurídico del siguiente modo:

Artículo 193.- *Concepto*. Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines (...)

Como vemos, conceptualmente la fundación consiste en una afectación patrimonial, a la que llamamos acto de dotación, por actos entre vivos o *mortis causa*, destinada a satisfacer determinados fines altruistas, sin propósito de lucro, a la que el derecho le confiere personalidad jurídica.

Encontramos aquí una diferencia importante respecto de las asociaciones en lo referido a la finalidad, ya que mientras en estas es suficiente con que la finalidad no sea contraria al bien común, en el caso de las fundaciones, la finalidad altruista es constitutiva.

En este tipo jurídico, el elemento patrimonial adquiere preeminencia por sobre los otros elementos constitutivos. Así, no basta con la acreditación de la existencia de un patrimonio mínimo para funcionar, sino que es necesaria una descripción del patrimonio inicial, de su integración y de los recursos futuros que resulte coherente con el plan trienal de acción que la entidad debe presentar de conformidad al artículo 199.

b) Constitución (artículo 195). Estatutos

El acto constitutivo de una fundación, al que llamamos acto fundacional, es un acto jurídico unilateral de disposición y a título gratuito emanado de una persona física o jurídica. Sin embargo, dicho acto es insuficiente para dar nacimiento a la personalidad jurídica, en tanto esta requiere, necesariamente autorización estatal para funcionar (artículo 193, segundo párrafo).

En cuanto a la forma de constitución, es requerida la escritura pública. Nuestro sistema legal prevé la posibilidad de que el acto fundacional sea otorgado por el/la fundador/a o por el/la juez de la sucesión, cuando la decisión emane de una disposición de última voluntad.

El artículo 195, detalla de manera pormenorizada los requisitos que debe contener el acto constitutivo.

El CCCU, tal como lo hacía la legislación anterior, desalienta el desarrollo de actividades durante la etapa de gestación, en forma previa a la obtención de la autorización estatal para funcionar. En este sentido, en su artículo 200 establece un supuesto de responsabilidad solidaria de fundadores y administradores por las obligaciones contraídas en forma previa.

c) Órganos de Gobierno (artículo 201 y sgtes.)

La fundación es gobernada y administrada por un consejo de administración, integrado por un mínimo de tres personas humanas (artículo 201 CCCU).

Es de práctica que los/las fundadores/as se reserven la facultad de ocupar cargos en el consejo de administración, como así también la de reemplazar a los consejeros cuando se produzca su vacancia (artículo 202 CCCU). En algunos casos, la designación de los integrantes del consejo de administración puede ser conferida a las instituciones públicas o a entidades sin fines de lucro.

Por ejemplo, en el ámbito universitario, existen fundaciones que cooperan con el desarrollo de actividades académicas, cuyo órgano de gobierno está integrado por quien se desempeñe como Rector/a, Decano/a, o Secretario/a.

El mandato de los miembros del consejo de administración puede ser temporal o vitalicio, y la ley faculta a establecer estatutariamente un régimen de votación diferenciado, en el que determinadas decisiones requieran necesariamente el voto afirmativo de los miembros permanentes (artículo 204 del CCCU).

Ejercen sus funciones con carácter honorario, tal como lo establece el artículo 206.

Asimismo, cuando las características de las actividades desarrolladas por la entidad lo justifiquen, es posible delegar funciones de administración y gobierno en favor de un comité ejecutivo, que se encuentra obligado a rendir cuentas al consejo.

Este comité ejecutivo puede estar integrado por personas humanas que no integren el consejo de administración, y además, es posible establecer una forma de retribución económica para sus miembros.

6. Las Organizaciones no gubernamentales, su importancia actual

Para finalizar el tratamiento de este tema, debemos decir con Rivera y Medina (2016: 489) que el fenómeno de las personas jurídicas sin finalidad lucrativa debe ser comprendido en el marco de una categoría más amplia, conocida como ‘Tercer Sector’ o ‘Economía Social’, que constituye el campo de actuación de las llamadas ‘Organizaciones No Gubernamentales’ (ONG).

Conceptualmente, la referencia a un ‘Tercer Sector’ parte de la idea de que frente al sector público o estatal y al sector productivo y económico, se erige un tercero, apoyado en el voluntariado de sus miembros y con finalidad no lucrativa, cuya potencialidad se centra en una misión solidaria.

La ‘Economía Social’ o ‘Economía Social y Solidaria’ de la que participa este sector constituido por asociaciones, fundaciones, mutuales y cooperativas, entre otras formas asociativas, se encuentra anclada en la economía real. Por contraposición a la economía establecida, la economía social y solidaria reafirma su compromiso con los derechos humanos, con la ecología, y con una posición ética que exige que el proceso productivo se desarrolle de un modo social y económicamente responsable.

El término ‘Organizaciones No Gubernamentales (ONG), surge desde el derecho internacional público, en el ámbito de la Organización de Naciones Unidas, y refiere a la actuación de este sector en las relaciones internacionales, en las que ha asumido trascendentes tareas de cooperación en ámbitos diversos como la economía, la salud, la educación, la cultura, la ecología y otras áreas de acción humanitaria y social.

La actuación de estas organizaciones implica el reconocimiento de que existe un vasto campo de actividades en cuyo desarrollo la cooperación del sector público y el sector privado es imprescindible. Las ONG ofrecen un espacio de articulación entre la sociedad civil y los Estados, en busca de la realización efectiva de estos objetivos humanitarios.

Referencias

- Dromi, A. (1995). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Herrera, M., Caramelo G. y Piscasso, S. (Dir). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, H. y Kemmelmajer de Carlucci, A. (2012). *Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado desde: www.nuevocodigocivil.com.ar
- Rivera, J.C. y Medina, G. (Dir.) (2016). *Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rivera, J.C. y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I. Buenos Aires: FEDYE.

Actividades

1. ¿Cómo se diferencian las personas jurídicas públicas de las privadas?
2. La participación estatal ¿modifica el carácter público o privado de las personas jurídicas?
3. El elemento humano en las personas jurídicas ¿requiere de pluralidad de personas?
4. ¿En qué consiste el principio de Personalidad Diferenciada? ¿Tiene excepciones?
5. ¿Cómo limita el principio de especialidad la capacidad de las personas jurídicas?
6. Diferencie domicilio y sede de las personas jurídicas.
7. Diferencie prórroga y reconducción de las personas jurídicas.
8. Elabore un cuadro comparativo entre Asociaciones Civiles y Simples Asociaciones.
9. ¿Cuáles son los órganos de gobierno de la Fundaciones?
10. ¿Cuáles son los órganos de gobierno de las Asociaciones?

Lección **IV**

Patrimonio

Luis Omar Nuñez

1. BIENES

a) Bienes y Cosas (artículo 16)

El CCCU introduce un nuevo paradigma (o sea un nuevo modelo) en materia de bienes. Ello se aprecia cuando, en los Fundamentos del Anteproyecto, la Comisión codificadora resalta que no trata solo de las ‘cosas’ sino de los ‘bienes’ lo cual nos habla de un contenido más amplio, que excede largamente el criterio patrimonialista, es decir su enfoque desde un punto de vista económico.

De ahí, que el primer capítulo del Título III (Bienes) del Libro I (Parte General) se dedica a los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, aspecto que constituye una ampliación novedosa.

El paradigma que establece el Código en esta materia implica una ‘nueva’ relación entre el hombre y los bienes apoyado en dos ejes definidos: 1) el alejamiento del criterio estrictamente patrimonialista que se había utilizado hasta este entonces para construir el concepto de ‘bien’; por tal motivo se produce una ampliación de su noción (artículos 17, 18, 240); y 2) la coordinación en el ejercicio de los derechos individuales, colectivos y comunitarios sobre los bienes que hacen a su objeto, en función de su coexistencia pacífica (artículos 9, 10, 12, 14 y 241).

De esta manera el concepto de ‘bien’ resulta notablemente ampliado, porque ahora los bienes en sentido ‘amplio’ comprenden también: 1) los derechos individuales que la persona posee sobre el cuerpo humano o sus partes (artículo 17 CCCU); 2) los derechos de las comunidades indígenas sobre bienes comunitarios (artículo 18 CCCU); y 3) los derechos de incidencia colectiva (artículos 14, 240 y 241 CCCU).

En síntesis, para el CCCU el término ‘bien’ en sentido amplio abarca: 1) los bienes del individuo (cosas y derechos con valor económico y

el cuerpo humano o sus partes, los cuales no tienen valor económico); 2) los bienes colectivos; y 3) los bienes comunitarios.

Bienes del individuo

Denominamos ‘bienes del individuo’ a aquellos que poseen un valor y sobre los cuales las personas pueden ser titulares de derechos individuales (artículo 15 y 16 CCCU).

Susceptibles de valor económico

De esta manera, los bienes del individuo se subclasifican en:

1) bienes con valor económico:

Dentro de esta categoría estarán las ‘cosas’, a las cuales el artículo 15 CCC se limita tan solo a señalar que “los bienes materiales se llaman cosas”, ej. Una mesa, un automotor o un animal; y están también los ‘bienes’ en el sentido de derechos, u ‘objetos inmateriales’ como por ej. el derecho que tengo a que mi deudor me pague aquello que me debe, resulta ser un derecho.

Así respecto de los Bienes que no son cosas se ha dicho:

En la economía se ha verificado, en las últimas décadas, un fenómeno de desmaterialización, por el que los grandes negocios no se refieren ya a cosas, sino a “intangibles”, a valores económicos no materiales –como, por ejemplo, los derechos sobre determinada idea útil para la producción de bienes y servicios–. También en el CCyC se regulan las obligaciones relativas a bienes que no son cosas (artículo 764 concs. CCyC) y los contratos habitualmente empleados para su transmisión (por ejemplo, cesión, factoraje, etc.) (Herrera et al., 2015 I: 47).

Asimismo, se incluyen en esta categoría los ‘derechos intelectuales’ (derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio), y

2) bienes sin valor económico:

Son los derechos sobre el cuerpo humano, sobre este ‘nuevo’ objeto recaen derechos individuales que no forman parte del patrimonio del sujeto en virtud de que no poseen valor económico.

A su turno las ‘cosas’ conforme el artículo 16 las define como los objetos ‘materiales’ susceptibles de tener un valor económico, definición que se hace extensiva a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre, dentro de lo cual se comprende a las distintas formas de producción de energía (hidroeléctrica, eólica, nuclear, solar, térmica, etc.).

Bienes Colectivos

La Propiedad comunitaria indígena (artículo 18)

El artículo 18 del CCCU viene a dar tratamiento concreto a la norma constitucional referida en el apartado anterior, que parece crear una nueva forma de derechos reales a favor de las comunidades indígenas. Es que el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional reconoce la preexistencia étnica y cultural de las comunidades indígenas argentinas. Y allí se garantizó el respeto a su identidad y al derecho a una educación bilingüe e intercultural. A su vez, la referida norma constitucional reconoció el derecho a obtener la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan. Allí también se estableció que ninguna de dichas tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Y también que se debían entregar a dichas comunidades nuevas tierras para el desarrollo humano.

Por un lado, se observa que se les reconoce a las comunidades indígenas un derecho parecido al dominio, ya que se les permite usar y gozar de la propiedad que se les asigne, pero contiene limitaciones importantes respecto del régimen ordinario de dominio perfecto previsto en el artículo 1941, ya que la propiedad no será enajenable.

Al mismo tiempo, la propiedad no es individual en el sentido del artículo 15 del CCCU, sino comunitaria, con lo cual la cosa sobre la que recae no podría ser dividida al pertenecer a la comunidad toda.

La ley 23302 reconoce personería a las comunidades indígenas radicadas en el país, y se establece que la personería se adquiere mediante el Registro de Comunidades Indígenas. La regulación reseñada responde a propuestas que establecían dar tratamiento a propiedades especiales, entre las que se encontraban los de las tierras indígenas. El régimen concreto de esta propiedad seguirá dependiendo de las regulaciones especiales, primordialmente la de la referida ley 23302 (Conf. Bueres, 2014 I: 76).

Cabe aclarar que:

Si bien el Anteproyecto avanzaba en la regulación de la propiedad comunitaria, en el artículo 9 de la ley 26.994, de sanción del CCyC, se dispuso que “los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial”; ello en razón de considerarse que la complejidad del tema y su vinculación con cuestiones de derecho público exigía una regulación autónoma, fuera del Código de derecho privado” (Herrera et al., 2015 I: 49)

De manera que en nuestro país, se impone el dictado de una ley especial de tutela específica del derecho de nuestros pueblos originarios.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en un fallo ya del año 2001, en la causa “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingi c/ Nicaragua” puntualizó, que el derecho a la tierra, reivindicado por los indígenas, se inscribe en el derecho a la propiedad, desbordando el concepto tradicional en el que prima la relación individual, toda vez que las culturas indígenas tienen una vinculación muy particular con la tierra secular de sus antepasados, en la que cumplen su ciclo vital y donde buscan alcanzar su plenitud humana espiritual y material.

En nuestra provincia de La Pampa, se lleva adelante un caso por parte del Gobierno provincial, (no judicial) relacionado con la comunidad Epumer, del pueblo originario Ranquel, que habita en la zona comprendida entre Colonia Emilio Mitre y Santa Isabel, sobre la ruta provincial n° 10 (entre las localidades de Victorica y precisamente Santa Isabel). “La comunidad Epumer viene discutiendo desde lo jurídico la posibilidad de acceder a unas tierras que han sido expropiadas por parte del Gobierno, y esto ha sido gracias a una decisión política,... y eso aún no se ha registrado porque faltaba la notificación de todos los expropiados” (declaración de la Ministro de Desarrollo Social Fernanda Alonso, Diario *La Arena*, 16/09/2016).

Ahora el Gobierno lo pudo hacer días atrás, “con lo cual es un avance para que finalmente se pueda registrar a nombre de la comunidad esta propiedad que sería la primera en la provincia” (declaración de la Ministro de Desarrollo Social Fernanda Alonso, Diario *La Arena*, 16/09/2016).

El medio ambiente, los valores culturales (artículo 14)

El artículo 14 declara que incluye o reconoce a los derechos individuales y a los derechos de incidencia colectiva. Los primeros son aquellos de los que los sujetos de derecho son titulares y pueden ejercer a título individual, por sí o mediante un tercero, como por ejemplo el derecho de propiedad que tengo sobre un inmueble, automotor. etc. Y los derechos de incidencia colectiva son aquellos que incluyen o identifican los derechos de la comunidad en general, o dicho de otro modo, derechos que están en cabeza de todos sus miembros, como ser el derecho a un medio ambiente sano, a los valores espirituales, o la protección del consumidor. Esta última clase de derechos pertenece a todos los miembros de una comunidad, pero no de manera propia, sino como integrantes de dicha comunidad.

La Constitución Nacional regula indirectamente el concepto de derechos de incidencia colectiva en su artículo 43, segundo párrafo cuando reconoce al afectado, y también al defensor del pueblo y a las asociaciones que protejan colectivamente esos bienes y que se encuentren registradas conforme a la ley el derecho, a promover amparo por violación al medio ambiente, o por casos de discriminación, asimismo por violación a la competencia y al derecho del consumidor (Bueres, 2014 I, 74).

En el segundo párrafo del artículo en análisis, se prevé un supuesto específico de ejercicio abusivo, referido a la afectación de intereses colectivos, como los relacionados con el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general, de especial aplicación a los casos en los que, por ejemplo, una industria desarrolla su actividad con desprecio por el medio ambiente, generando contaminación perjudicial para las personas u otras especies del biosistema. Es claro que en tales casos, el juez a quien le corresponda intervenir podrá adoptar las medidas y ejercer las funciones a las que se ha hecho referencia en el comentario al artículo 10 (Herrera et al., 2015 I: 45).

Bienes extrapatrimoniales: El cuerpo humano (artículo 17)

El artículo 17 da tratamiento expreso al derecho a la integridad física y consagra que ningún derecho sobre el cuerpo humano o sus partes puede tener valor económico. De manera tajante y expresa, entonces, se excluye la aplicación del régimen de las cosas al cuerpo humano o a sus fragmentos, a los que se les reconoce valor afectivo, terapéutico, científico humanitario o social. Es el principio de no comercialidad del cuerpo.

Solo autoriza el uso del cuerpo humano o sus partes con relación a los valores permitidos que se enumeraron (terapéutico, científico humanitario o social) y de acuerdo a la legislación que se dicte. La legislación incluida en el CCCU es consistente con las propuestas doctrinarias, que bregaban por una incorporación expresa de la valoración del cuerpo humano y sus partes en las fuentes formales del derecho civil (Bueres, 2014 I: 75-76).

b) Clasificación de las cosas

Inmuebles y muebles (artículos 225-227)

La definición de inmuebles por su naturaleza (artículo 225) ha quedado reducida en su redacción al suelo y lo incorporado a él de manera orgánica. No se hace mención ni referencia a las partes fluidas, que por su naturaleza son también inmuebles, ni a la extensión al subsuelo –profundidad– y al espacio aéreo –superficie–, más allá de que resulta evidente que los comprende (Bueres, 2014 I: 230).

En tanto para considerarse inmuebles por accesión, (artículo 226) su adhesión debe revestir el carácter de física, es decir, formando un todo inseparable con el suelo; no obstante que, individualmente considerados, se trataría de muebles. Además debe ser con carácter de perdurable, es decir, destinado a durar mucho, a subsistir, a mantenerse en el mismo estado.

Finalmente, en cuanto a las cosas muebles (artículo 227) se ha simplificado su clasificación y redacción. La categoría muebles hace a una realidad física, pueden desplazarse por sí mismos o moverse por una fuerza externa (Bueres, 2014 I: 230-231)

Fungibles y no fungibles (artículo 232)

La fungibilidad o no de las cosas se basa en la posibilidad de sustitución de la una por la otra, y guarda estrecha importancia para el pago y liberación del deudor en las obligaciones de “dar cosas”. Se conserva esta diferencia para el ordenamiento jurídico argentino, puesto que no se identifican plenamente las unas con las otras.

Algo no fungible puede ser consumible –como una botella de vino antigua–, así como algo fungible puede ser no consumible, como es el de prácticamente todo bien producido en serie –mobiliario, libros, electrodomésticos, etc.– ello porque se han confundido en su regulación las cosas consumibles con las fungibles (Bueres, 2014 I: 234).

Consumibles y no consumibles (artículo 231)

La conceptualización de la norma es clara y exime de mayores comentarios.

Sin embargo por ejemplo puede decirse que ciertas cosas pueden ser no consumibles para unos y consumibles para otro, aunque la cosa siga existiendo. Una silla típicamente es no consumible, pero sin embargo lo es para un vendedor de sillas si nos atenemos al criterio jurídico (Bueres, 2014 I: 233).

Justamente ello acerca la categoría de cosas consumibles a la de fungibles, por lo que se ha dicho que la actual redacción del artículo, tenga la intencionalidad de ahondar la diferenciación entre cosas consumibles y fungibles.

Principales y accesorias (artículos 229 y 230)

El criterio se reduce a un solo artículo que atiende al destino de su existencia.

Si es un fin en sí misma es principal, si está en función de otra, será accesoria.

Por lógica, las cosas meramente ornamentales serán siempre accesorias.

Si no se pueden distinguir en la unidad de los muebles cual está en función del otro, el único criterio adoptado es el del mayor valor, no interesando ya el volumen que pudiera tener cada uno de ellos (Bueres, 2014 I: 233).

Mientras tanto, en materia de inmuebles no se presentan dudas sobre la principalidad del suelo, y funciona precisamente el llamado principio de accesión (artículo 226 CCCU).

Cosas divisibles e indivisibles (artículo 228)

Para ser divisible una cosa, cada parte resultante tiene que ser análoga e idéntica a la otra.

Si en la división esto se perdiera, como en el caso de un automotor, un libro, etc., la cosa es indivisible.

Si la división hace antieconómica la división, esta no puede llevarse a cabo.

Se ha ejemplificado con una piedra preciosa que al dividirse pueda perder grandemente su valor. En cuanto a los inmuebles, mientras que la normativa anterior difería a las autoridades locales la reglamentación de la superficie mínima económica, por lo que estaba en forma explícita impidiendo la división antieconómica de la tierra, el artículo en cuestión parece de mayor amplitud al diferir toda la reglamentación del fraccionamiento parcelario a las autoridades locales sin estar ligado forzosamente a lo antieconómico o no de la división (Bueres, 2014 I: 232).

El dinero

El dinero es un medio de intercambio, por lo general en forma de billetes y monedas, que es aceptado por una sociedad para el pago de bienes, servicios y todo tipo de obligaciones. Su origen etimológico nos lleva al vocablo latino *denarius*, que era el nombre de la moneda que utilizaban los romanos.

Más allá de la dicha, una de las tantas definiciones de dinero, su importancia radica en la materia obligacional, en cuanto a que las obligaciones cuya prestación consiste justamente en dar cantidades de dinero, resultan objeto de un tratamiento particular (artículos 765 y siguientes).

c) Bienes con relación a las personas

Dominio público y privado del Estado (artículos 235 y siguientes)

En muy apretada síntesis de lo enseñado por Marienhoff (1998) nos atrevemos a resumir diciendo que el dominio público en un conjunto de

bienes que pertenecen a la comunidad, al pueblo en general, y se hallan destinados al uso público por parte de dicha comunidad.

Referente al dominio público del Estado, en el artículo 235 se ha ampliado y detallado la clasificación de dichos bienes, para dar cabida dentro de la enumeración a ciertos bienes que, más allá de que no se dudara de su naturaleza de dominio público del Estado, su inclusión dentro de otra especie de manera genérica sería tanto jurídica como científicamente poco feliz. Se añaden –por ejemplo– lagunas navegables, los glaciares y el ambiente peri-glacial.

En esencia, no hay en la enumeración cambios sustanciales.

El dominio público está formado, precisamente, por una serie de bienes que se hallan destinados al uso público de los habitantes, sea de manera directa o indirecta, por su aptitud para satisfacer necesidades de interés general.

Estos bienes tienen la característica de ser inalienables, imprescriptibles e inembargables.

En principio, todos los miembros de la comunidad tienen el uso general y gratuito sobre ellos, si bien pueden estar sujetos a permisos y concesión de uso por el derecho administrativo (Bueres, 2014 I: 235-236).

A su turno, los bienes de dominio privado del Estado, han sido regulados en el artículo 236.

Son bienes o derechos de dominio privado de la Administración aquellos que, siendo titularidad de las Administraciones Públicas no tengan el carácter de demaniales y puedan ser adquiridos, gravados y transmitidos como si de un particular se tratase.

El dominio privado del Estado se encuentra sujeto a las reglas ordinarias de la propiedad privada, salvo algunas modificaciones. La diferencia, es el régimen jurídico (Marienhoff, 1998).

Bienes de los particulares (artículos 238 y sgtes.)

Al decir de Bueres, (2014 I: 237) se ha conservado un artículo considerado por la doctrina como sobreabundante e innecesario. La claridad de la norma que define por exclusión, exime de mayores comentarios.

d) Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva Límites al ejercicio de los derechos individuales (artículo 240)

No se encontraba norma similar en el Código Civil de Vélez, por lo cual y más allá de diversas protecciones ya existentes, este artículo tiene un carácter completamente original en su presencia en el CCCU; es un reflejo de la reforma constitucional, que en 1994 incorpora en su

artículo 41 el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, la preservación del patrimonio natural, cultural y la diversidad biológica, y en el artículo 43, la acción de amparo para la protección de los derechos de incidencia colectiva, asimismo de protección del ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor (Bueres, 2014 I: 238).

Jurisdicción (artículo 241)

El artículo aclara que aquellas leyes de presupuestos mínimos deben ser respetadas en todas las jurisdicciones. Por tanto, las mismas establecen un mínimo que no puede ser conculcado so pretexto de regulaciones locales (Bueres, 2014 I: 239).

Por otra parte y al decir de Herrera, (2015 I: 406):

Las normas de presupuestos mínimos, las cuales son definidas por el artículo 6 de la ley 25.675 como toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental.

Es más, se logra armonizar el cuerpo civil con el mandato constitucional del artículo 41 de la norma fundamental, el cual establece que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales”. En última instancia, la disposición contenida en el artículo 241 no es más que una aplicación especial de lo ordenado por el artículo 1 CCCU, Fuentes y aplicación.

2. PATRIMONIO

a) El patrimonio. Concepto. Composición (artículo 15-16)

El conjunto de bienes con relación a los que es titular de derechos una persona, constituye su patrimonio.

Si un bien integra el patrimonio de una persona, existe un derecho individual de ella con relación a ese bien; derecho que debe ser ejercido por su titular.

El concepto de persona empleado abarca tanto a las humanas como a las jurídicas (Herrera et al., 2015 I: 46). Dicho de otra manera, el patrimonio es un conjunto (una ‘universalidad jurídica’, como decía Vélez en la Nota al artículo 2312 CC) de derechos que recaen sobre bienes.

No todos los bienes serán materiales o, jurídicamente, ‘cosas’ –puede haber así derechos creditorios, o derechos intelectuales y, por otra parte, no todas las cosas son ‘susceptibles de valor económico’ (Arballo, 2014: 57).

El artículo 16 del CCCU establece que los derechos de propiedad de las personas pueden recaer sobre bienes susceptibles de tener valor económico. Ellos son los que conformaran su patrimonio. Y luego clasifica a los referidos bienes, definiendo a las cosas como los bienes materiales.

b) Bienes excluidos (artículos 17 y 18)

El artículo 17 de manera tajante y expresa excluye la aplicación del régimen de las cosas al cuerpo humano o a sus fragmentos, a los que se les reconoce valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Y solo permite el uso del cuerpo humano o sus partes con relación a los valores permitidos que se enumeraron (terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales) y de acuerdo a la legislación que se dicte. La legislación incluida en el CCCU es consistente con las propuestas doctrinarias, que bregaban por una inclusión expresa de la valoración del cuerpo humano y sus partes en las fuentes formales del derecho civil.

A su turno el artículo 18 del CCCU viene a dar tratamiento concreto a la norma constitucional (artículo 75 inciso 17.) que parece crear una nueva forma de derechos reales a favor de las comunidades indígenas. En ambos casos entonces, los mencionados deben considerarse excluidos del patrimonio (Bueres, 2014 I: 76).

c) Naturaleza jurídica

Muy discutido ha sido en la doctrina el problema de la naturaleza jurídica (consiguientemente, el del concepto del patrimonio). Para no exceder la finalidad de estas lecciones, baste decir que la doctrina jurídica se ha dividido entre diferentes posiciones que son básicamente:

- Subjetiva o personalista (Zacharie, Roan, Planiol). Para ella, el patrimonio es emanación de la personalidad jurídica y por ello comprende todos los bienes del individuo, incluso los futuros, y también las obligaciones, es pues una universalidad de derecho independiente de los bienes que lo integran. De ahí se deduce que toda persona tiene un patrimonio y que solo la persona tiene patrimonio.
- Finalista (Brinz, Bekker). Sin negar la existencia del patrimonio personal, esta doctrina pone énfasis en el interés en que cada masa de bienes sirve, afirmándose así la existencia de patrimonios, que no pertenecen a alguien sino a algo (*petinere ad*

aliquid), que están destinados a un fin, lo que lleva a explicar la importancia de la responsabilidad patrimonial.

- Realista o atomista (Coviello, Ferrara). Para ella, el patrimonio no es algo distinto de los bienes y derechos que lo componen, sino la suma de todos ellos y, por ello, no puede ser considerado apto para ser objeto de un derecho subjetivo.

Existen, por último, autores como Cossio que rechazan las anteriores doctrinas por considerar que conducen solo a abstracciones inútiles y concluyen que el patrimonio ofrece una configuración variable, por lo que debe ser estudiada por separado cada una de las diversas modalidades en que puede presentarse, que son esencialmente tres: personal, de destino y especial o separado.

d) Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales

Los derechos extrapatrimoniales, es decir aquellos que se encuentran fuera del patrimonio, han sido catalogados como aquellos inherentes a la persona, es decir devienen de su sola existencia como tal, v. gr. el derecho a la vida, al honor, etc. Por lo tanto, los derechos extrapatrimoniales son los derechos que no pueden ser considerados parte del patrimonio. No son un bien jurídico, ni siquiera la posibilidad de ser uno; en otras palabras, no tienen valor económico; no son susceptibles de ser valorados en dinero, siendo así la contrapartida de los derechos patrimoniales.

e) Derechos patrimoniales: Personales, reales o intelectuales. Naturaleza, concepto, caracteres y diferencias

Conceptualizando en términos sencillos, el derecho personal supone un vínculo jurídico establecido entre dos partes (una acreedora y otra deudora) por el cual la parte acreedora, puede demandar a la deudora el cumplimiento de una prestación, surgiendo para esta última una responsabilidad.

El derecho real en cambio puede definirse como la relación jurídica directa que existe entre una persona y una cosa.

Finalmente, el derecho intelectual es aquel que corresponde al autor (en términos generales) de una obra literaria, artística o científica para su explotación comercial durante el plazo que fija la ley especial.

Imagen 9

| COMPARACIÓN | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DERECHOS REALES | DERECHOS PERSONALES |
| <ul style="list-style-type: none">• Son absolutos (erga omnes)• Las acciones reales se ejercen contra el poseedor de la cosa o quien ejerza un derecho correspondiente al titular.• Posee ius perseguendi y ius preferendi.• Son de creación legal, <i>numerus clausus</i>, y su regulación de orden público.• En principio no se extinguen por el transcurso del tiempo.• Pueden adquirirse por el transcurso del tiempo. | <ul style="list-style-type: none">• Son relativos (deudor)• Las acciones personales sólo pueden ejercerse contra el deudor.• La regla es la igualdad.• Son de creación legal, <i>numerus apertus</i>, rige la autonomía de la voluntad.• La inacción del titular produce la extinción de la acción.• No pueden adquirirse por el transcurso del tiempo. |

Elaboración propia.

f) El patrimonio como prenda común de los acreedores (artículo 242)

Esta conocida expresión significa en principio que todos los bienes del deudor responden por las deudas que él tenga, y ante su incumplimiento, los acreedores pueden ejecutar sus bienes y cobrarse con el producido de estos, por supuesto instrumentando para ello los acreedores, los procesos judiciales necesarios previstos en las normas procesales. Este principio, por otra parte, está ligado indisolublemente al carácter patrimonial de la responsabilidad del deudor, al contrario de los sistemas primitivos en los cuales el deudor soportaba las consecuencias de su incumplimiento en su propia persona.

Ejecución individual y ejecución colectiva de los créditos

En el orden de ideas expuesto en el punto anterior, existen en principio dos maneras en que los acreedores puedan llevar adelante las medidas legales judiciales necesarias para hacer efectivo el cobro de sus acreencias.

La primera de ellas, es mediante la ejecución individual de sus créditos, es decir que un deudor determinado, podrá y deberá soportar tantas ejecuciones como acreedores tenga. Por ejemplo podrá ser sometido a juicio de cobro por un Banco a quien le adeuda un préstamo, a su

vez por un particular a quien le debe mercaderías que le comprara, por el Municipio o la Provincia por deudas tasas u otras deudas de origen impositivo, en síntesis cada acreedor perseguirá el cobro de su crédito de manera individual, en diferentes procesos y cobrará (o no) según la solvencia del deudor.

Sin perjuicio de lo anterior, y cuando se revela una impotencia generalizada del deudor para hacer frente a un número indeterminado de acreedores, la ley (en este caso la ley de concursos y quiebras 24522) ha previsto una serie de procedimientos, tales como el concurso preventivo, el acuerdo preventivo extrajudicial y finalmente la quiebra, sistemas estos que posibilitan que todos los acreedores, por distintas causas, justifiquen sus créditos contra el deudor en un único proceso, se ejecuten sus bienes, y con el producido de los mismos, tales acreedores satisfagan sus créditos de acuerdo al sistema de igual condición de acreedores, es decir que si el patrimonio del deudor resulta insuficiente para cubrir todas sus deudas, los acreedores deberán ser tratados en paridad según su categoría, (como se verá en los apartados siguientes) lo cual lleva en definitiva al cobro mediante prorratas.

En consecuencia, el caso de los concursos y las quiebras, integran uno de los llamados ‘microsistemas jurídicos’ (así los denomina la comisión redactora del nuevo código), como el concursal, microsistemas que se materializa en ‘leyes especiales’ como de hecho son la ley a la nos referimos, o la ley de sociedades, o la de trasplante de órganos, etc.

Distintas clases de acreedores (artículo 2573)

No todos los acreedores resultan iguales respecto del deudor, dado que tanto el CCCU como la Ley de Concursos y Quiebra o incluso otras leyes especiales, establecen un sistema de “privilegios” para los acreedores de un determinado deudos, según se conceptualiza en el apartado siguiente.

Privilegios (arts. 2573/2574)

El artículo 2373 considera al privilegio una calidad o cualidad del crédito, con independencia del sujeto. Se agrega un párrafo respecto del asiento y del tiempo del ejercicio del privilegio, estableciendo que solo puede ejercitarse mientras este el bien en el patrimonio del deudor, excepto que la ley disponga lo contrario, o en el supuesto de subrogación real. Por ejemplo, en caso de subasta judicial de un inmueble donde el privilegio especial sobre el mismo se traslada al precio, quedando de este modo descartado, como regla, el carácter reipersecutorio del privilegio, es decir que hay subrogación sobre el precio obtenido por la realización de la cosa, que ya salió del patrimonio del deudor. Igualmente no se

puede hacer valer privilegio alguno respecto de cosas que son inembargables por ley, de modo tal que no pueden ejecutarse. Si no se ejecuta es evidente que no habrá precio pagado sobre el que hacer efectivo el privilegio (Bueres, 2014 II: 637).

Orden de los privilegios (artículos 2573/ 2582/2583/2585)

El artículo 2574 establece que los privilegios resultan exclusivamente de la ley y que el deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece, esto claro está debe concordarse con lo dispuesto en el artículo siguiente, el 2574, que establece Introduce la ‘renuncia’ como modo unilateral del acreedor de la extinción del privilegio, lo que no merece comentario alguno, excepto que este principio sufre una excepción respecto de los créditos laborales, que son irrenunciables. Ratifica la posibilidad de convenir la postergación del cobro de otras deudas de subordinación, pero introduciendo una aclaración fundamental en resguardo de los derechos de terceros, exponiendo concretamente que los créditos subordinados se rigen por las cláusulas de la convención en tanto no afecten derechos de terceros.

De tal modo no se vulnera el principio de legalidad, pues no se crea ni se extingue un privilegio por acuerdo entre deudor y acreedor, sino que ese privilegio legal se posterga, se dilata, se subordina a otros, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros.

Finalmente reafirma un principio nuclear de orden público, al establecer que el crédito laboral no es renunciable ni postergable. Los restantes artículos mencionados, tratan y conceptualizan los diferentes privilegios otorgados por el Código, por lo cual cabe remitirse a su texto (Bueres, 2014 II: 638).

Derecho de retención (artículo 2587)

El artículo inicia con referencia a la legitimación, refiriéndose a la figura del acreedor de una obligación cierta y exigible, calificativos no solo acertados, sino necesarios para que pueda ejercerse la facultad, y que no constaban en el Código Civil. La norma anterior limitaba la facultad a obligaciones emergentes del contrato o de un hecho que produjera obligaciones respecto del tenedor.

El concepto actual es más amplio e integral al conceder la facultad en tanto y en cuanto la detentación de la cosa no haya emanado de un acto ilícito, y se amplía con una determinación negativa vedando el ejercicio de la facultad cuando la relación contractual que la origina sea a título gratuito, salvo que sea en interés de otro contratante.

De la norma se infieren las características de este derecho que también poseía durante el régimen anterior, a saber: a) posesión de una cosa ajena; b) obligación del propietario de la cosa respecto de ese tercero; c) conexidad entre el crédito y la cosa, en razón de la misma (Bueres, 2014 II: 651).

g) Medidas precautorias

Las llamadas aquí medidas precautorias, o medias cautelares, resultan un proceso semi-autónomo, mediante el cual se reduce a asegurar la eficacia práctica de sentencia que pueda recaer en el proceso principal.

Es decir en el lapso que inevitablemente media entre la iniciación de un proceso (un juicio) y el pronunciamiento de la decisión final, puede ocurrir que sobrevenga cualquier circunstancia que torne inoperante la resolución definitiva (disipación de bienes del deudor, disminución de su responsabilidad patrimonial, etc.).

Las medidas cautelares se reglamentan en los Código Procesales (cuyo dictado se recuerda corresponde a las Provincias federadas).

Entre las medidas cautelares o precautorias, pueden mencionarse el embargo preventivo (en cuya virtud se afectan o se movilizan uno o varios bienes del deudor) si esos bienes fuesen de los registrables el embargo se anota en el Registro pertinente (de la Propiedad Inmueble, del Automotor, etc.); el secuestro (mediante el cual se desapodera a una persona de una cosa litigiosa o embargada); la inhibición general de bienes, (que se traduce en una interdicción de vender o gravar, en forma genérica, cualquier cosa, mueble o inmueble y de la que el deudor pueda ser propietario).- Forman parte asimismo de estas medidas, la prohibición de innovar o contratar, la intervención judicial, etc. (arg. Palacio, Der. Proc. Civil, t.VIII, págs. 13-14,100,151,165).

h) Bienes inembargables (artículo 744).

Los bienes llamados inembargables, implican una excepción a la mencionada prenda común de los acreedores mencionada más arriba. El artículo en cuestión, realiza una enumeración de aquellos bienes del deudor que no pueden ser ni embargados ni ejecutados por el acreedor. Se interpreta que la enunciación es taxativa, ya que estos incisos constituyen excepciones al principio general contenido en el artículo 743. Nótese además que varias de estas excepciones encuentran fundamento constitucional (inciso d) por ejemplo. (Bueres, ob. cit. T 1 pág. 473/474.)

Dos cuestiones merecen una precisión en particular:

La inembargabilidad no tiene lugar cuando se trata de acreedor por cobro de saldo de precio (inciso a, b y c); como por ejemplo si el vendedor del torno del odontólogo (instrumento necesario para el ejercicio de la profesión del odontólogo) reclamara lo adeudado por el precio de venta del torno.

En lo relativo al embargo de sueldos, jubilaciones y pensiones, como asimismo las indemnizaciones derivadas de la relación laboral, resulta de aplicación el Decreto 484/87, cuyo artículo 1° dice:

Las remuneraciones devengadas por los trabajadores en cada período mensual, así como cada cuota del sueldo anual complementario son inembargables hasta una suma equivalente al importe mensual del salario mínimo vital y móvil fijado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 116 y siguientes del Régimen de Contrato de Trabajo (Ley de Contrato de Trabajo, texto ordenado por Decreto 390/76). Las remuneraciones superiores a ese importe serán embargables en la siguiente proporción:

1. Remuneraciones no superiores al doble del salario mínimo, vital y móvil mensual, hasta el diez por ciento (10%) del importe que excediere de este último.
2. Retribuciones superiores al doble del salario mínimo, vital y móvil mensual, hasta el veinte por ciento (20%) del importe que excediere de este último.

En tanto el artículo 3, dice:

Las indemnizaciones debidas al trabajador o a sus derechohabientes con motivo del contrato de Trabajo o su extinción serán embargables en las siguientes proporciones: 1. Indemnizaciones no superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta diez por ciento (10%) del importe de aquéllas. 2. Indemnizaciones superiores al doble del salario mínimo vital mensual, hasta el veinte por ciento (20%) del importe de aquéllas. A los efectos de determinar el porcentaje de embargabilidad aplicable de acuerdo con lo previsto en el presente artículo, deberán considerarse conjuntamente todos los conceptos derivados de la extinción del Contrato de Trabajo.

Finalmente, el artículo 4 establece excepciones a las reglas anteriores:

Artículo 4: Los límites de embargabilidad establecidos en el presente Decreto no serán de aplicación en el caso de cuotas por alimentos o litis expensas, las que deberán ser fijadas de modo que permitan la subsistencia del alimentante.

Protección de la vivienda: Afectación, legitimados, beneficiarios, desafectación, transmisión (artículos 244 y sges.)

Como señalara Kemelmajer de Carlucci (citada por Vítolo), la vivienda tiene para el individuo un gran valor, no solo patrimonial, sino también principalmente extrapatrimonial por el amparo que significa a su integridad física, protección contra la naturaleza y otros peligros, y en el plano moral es el centro de su familia y su intimidad. La protección de la vivienda se considera actualmente como una verdadera necesidad humana, y de allí que se incluya en la CN (artículo 14 bis) y varias declaraciones internacionales (DUDH, DADyDH, Pacto de San José de Costa Rica, etc.).

De la normativa del CCCU debe destacarse en primer lugar que la afectación (o sea la protección de la vivienda) no es automática, sino que debe completarse un procedimiento administrativo para que tal protección se concrete y se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble y solo a partir de tal afectación la vivienda queda protegida por obligaciones posteriores. No puede, asimismo, afectarse más de un inmueble, y la misma puede ser solicitada por el titular registral por todos los condóminos.

En cuanto a los beneficiarios los mismos se enlistan en el artículo 246, en tanto el artículo 255 ha previsto el procedimiento de la desafectación y cancelación; finalmente el artículo 250 respecto de la transmisión o gravamen de la vivienda afectada, exige la conformidad del cónyuge o conviviente.

i) Acciones integrativas del patrimonio

Estas acciones (que se traducen en la práctica como reclamos judiciales) como su nombre lo indica, tienden a integrar o recomponer el patrimonio del deudor, del cual han salido bienes que disminuyen la garantía común de los acreedores en perjuicio de estos.

Acción directa (artículo 736)

Se la define como aquella que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. Gráficamente, el circuito puede describirse de este modo: “A” tiene un crédito contra “B”; a su vez, “B” tiene un crédito contra “C”; la acción directa, entonces, es la que “A” puede ejercer contra “C”, siempre que se verifiquen los recaudos que la tornan procedente (Herrera et al., 2015).

Señala Arballo (2014), el artículo 736 subraya que la acción directa que “tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y solo procede en los casos expresamente previstos por la ley”.

Esto significa que no podrá haber acción directa si la ley no lo autoriza, por lo que habrá que verificar cuáles son los casos en que procede consultando el articulado del Código. Por ejemplo, está autorizada la acción directa en el subcontrato –artículo 1071 inc. b)–, en la sublocación –artículo 1216–, en el leasing –artículo 1232–, en el mandato –artículo 1327– y en el contrato oneroso de renta vitalicia –artículo 1605–.

El ejercicio de la acción directa por el acreedor requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos fijados en el artículo 737:

- a) un crédito exigible del acreedor contra su propio deudor;
- b) una deuda correlativa exigible del tercero demandado a favor del deudor;
- c) homogeneidad de ambos créditos entre sí;
- d) ninguno de los dos créditos debe haber sido objeto de embargo anterior a la promoción de la acción directa;
- e) citación del deudor a juicio.

Subrogatoria (artículo 739)

Se trata del ejercicio de la acción en la que se remplace al acreedor inactivo, por cuanto –tégase en cuenta– subrogar significa sustituir o poner a alguien en lugar de otra persona. Es entonces que esta práctica consiste en la facultad del acreedor de subsumirse en los derechos de su deudor, en virtud de su inercia, pretendiendo incorporar bienes en el patrimonio de aquel, para finalmente ensancharlo (Herrera et al., 2015).

Esta acción (también llamada indirecta, oblicua o refleja) es definida por el artículo 739 como la facultad que tiene un acreedor de gestionar los derechos de su deudor cuando este es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia.

Para su descripción indicaremos las siguientes características, tal como propone Arballo (2014)

- El crédito que tenga el acreedor demandante podría no ser exigible al momento de iniciar la acción, que puede operar como una suerte de ‘subrogación preventiva’.
- El crédito que tiene el acreedor intermedio contra el demandado, sí debe ser exigible, pues de lo contrario no podría hablarse de una renuencia u omisión en procurar su cobro.
- No se requiere prueba de mala fe o colusión, basta la simple desidia o inacción en perseguir el cobro.
- El Código dispone que el deudor intermedio sea citado para que tome intervención en el juicio respectivo (artículo 740).
- Pueden oponerse al acreedor todas las excepciones y causas de extinción de su crédito, aun cuando provengan de hechos del

deudor posteriores a la demanda, siempre que estos no sean en fraude de los derechos del acreedor (artículo 742).

El artículo 741 declara excluidos de la acción subrogatoria:

- los derechos y acciones que, por su naturaleza o por disposición de la ley, solo pueden ser ejercidos por su titular;
- los derechos y acciones sustraídos de la garantía colectiva de los acreedores;
- las meras facultades, excepto que de su ejercicio pueda resultar una mejora en la situación patrimonial del deudor.

Los efectos de esta alternativa son claramente diferentes a los de la acción directa, ya que los bienes obtenidos por el ejercicio de la acción subrogatoria ingresan al patrimonio del deudor y quedarán expuestos al ejercicio de los derechos de los restantes acreedores (al respecto el artículo 739 in fine aclara que el acreedor accionante “no goza de preferencia alguna sobre los bienes obtenidos por ese medio”).

Comparación entre acción subrogatoria y directa

Siguiendo a Arballo (2014), proponemos el siguiente esquema comparativo, para diferenciar los ámbitos de aplicación de una u otra acción:

- en la acción directa el acreedor reclama en nombre propio; en la subrogatoria lo hace como si fuera un gestor legal del acreedor intermedio.
- en la acción subrogatoria se acciona por la totalidad del crédito debido al deudor principal; en la acción directa solo en la medida de la deuda del demandado.
- en la acción subrogatoria los bienes que obtiene el acreedor no entran a su patrimonio sino en el de su deudor principal (y esto supone que pueden quedar captados por embargos preferentes de otros deudores), en la acción directa los bienes entran ‘directamente’ en el patrimonio del acreedor accionante;
- La acción directa solo puede intentarse cuando la ley lo autoriza; la acción subrogatoria se puede intentar en principio en todo crédito, a excepción de los casos en que el Código la prohíbe.

De inoponibilidad (artículo 338)

Bajo el subtítulo de Fraude, el Código regula en lo concerniente a los vicios de los actos jurídicos, o vicios lesivos de la buena fe, cuyo tratamiento profundizamos en la Lección VI. En el artículo 338 y siguientes la anteriormente conocida como acción de fraude, revocatoria o pauliana,

mencionando directamente los efectos que produce, que tales actos que perjudican al acreedor le resulten inoponibles. El artículo siguiente 339 enumera los requisitos necesarios para la procedencia de la acción.

Este tópico se desarrolla con mayor profundidad en la Lección VI.

De simulación (artículo 333)

La acción de simulación, al igual que la anterior regulada bajo el capítulo de “Vicios de los actos jurídicos”, está destinada a que el juez declare la nulidad de un acto cuando se trata de simulación absoluta y, en caso de simulación relativa, que además declare la existencia del acto oculto. La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, es decir, el acto ostensible no oculta un acto real. Es relativa cuando el acto ostensible oculta otro distinto, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas no verdaderas o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas. El nuevo CCCU regula la simulación dentro del capítulo sobre vicios de los actos jurídicos (arts. 333 y sgtes.).

El vicio de simulación se aborda específicamente en la Lección VI.

Referencias

- Arballo, G. (2014). *Cuadernillos de Análisis del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Rosa: Centro de Capacitación Judicial de La Pampa.
- Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, H. y Kemmelmarjer de Carlucci, A. (2012) *Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado desde: www.nuevocodigocivil.com.ar
- Bueres, A. J. (dir.) (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Vítolo, D. R. (2016). *Manual de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires: Editorial Estudio.
- Herrera, M., Caramelo G. y Piscasso, S. (Dir). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Marienhoff, M. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V*, cuarta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Palacio, L. E. (2017). *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Actividades

1. Distinga debidamente entre los conceptos de bienes y cosas, según el nuevo paradigma introducido por el CCCU.
2. ¿Cuáles derechos comprende el concepto de bien, en sentido ampliado?
3. Investigue sobre ejemplos a la luz de la clasificación de las cosas.
4. Ejemplifique sobre bienes del dominio público y del dominio privado del Estado.
5. Investigue sobre los caracteres, similitudes y diferencias entre los derechos personales, reales e intelectuales.
6. Enumere algunas de las distintas clases de acreedores.
7. Desarrolle un ejemplo práctico de embargo de sueldo.
8. La protección de la vivienda única ¿se produce de manera automática o requiere de un procedimiento destinado al efecto?
9. ¿Cuál es la finalidad de las acciones integrativas del patrimonio?

Lección **V**

Teoría General Del Acto Jurídico

Lucía Carolina Colombato

1. HECHOS JURÍDICOS

a) Concepto (artículo 257)

El campo de los hechos jurídicos nos vincula a una categoría especial de sucesos, acontecimientos o eventos que provienen de la naturaleza o de los seres humanos. Los hechos jurídicos son aquellos a los que el ordenamiento jurídico les atribuye la producción de ciertos efectos en el ámbito del derecho.

A diferencia de la definición legal que el Código de Vélez preveía en su artículo 896, en que se refería a la ‘susceptibilidad’ de producir efectos jurídicos como plausible –ya que se entendía que ello dependía de que en el caso concreto se verificaran los presupuestos abstractos previstos en la ley–, el CCCU opta por expresar que son hechos jurídicos aquellos que efectivamente producen el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. En definitiva, conforme señalan Rivera y Medina (2014 I: 579) desde una perspectiva normativa, solo hay dos posibilidades: que el acontecimiento coincida o no con la hipótesis prevista por la ley. Cuando coincida, el ordenamiento se encargará de asignarle consecuencias.

La fuente productora de efectos tiene por único fundamento el ordenamiento jurídico que abarca no solo a la ley, sino a las otras fuentes del derecho objetivo como la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la autonomía de la voluntad y toda otra que califique como productora del nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas; es este el que establece cuáles son los hechos que le van a interesar y cuáles no (Herrera et al., 2015 I: 429).

En principio, ningún acontecimiento puede ser excluido *a priori* de la categoría hecho jurídico, aunque, de no verificarse en la especie el conjunto de circunstancias de hecho que determinan la producción de los efectos, estos estarán ausentes. No se trata entonces de un catálogo cerrado, y la calificación de un suceso como jurídico o no dependerá de las

circunstancias. Así por ejemplo, la caída de granizo puede no producir consecuencia alguna, o bien podrá constituir un siniestro asegurado que dará derecho a reclamar a la compañía de seguros el pago de una póliza.

b) Clasificación

Hechos naturales y humanos

Un primer criterio de distinción, indica que los hechos ‘humanos’ son aquellos obrados por seres humanos, y los ‘naturales’, aquellos que se producen sin su intervención.

De este modo, son varios los sucesos que responden a fenómenos estrictamente naturales y que producen efectos jurídicos. Así la lluvia, el granizo, la caída de un rayo, pueden dar nacimiento a la obligación de pagar una póliza de seguro.

También corresponde calificar como naturales aquellos hechos en los que los seres humanos participamos como resultado de mecanismos biológicos o fisiológicos, pero que son independientes de la conducta humana. De este modo el nacimiento, el paso del tiempo, la muerte, la enfermedad, son catalogados como hechos jurídicos naturales, aún cuando exista algún grado de participación humana en su acontecer.

De este modo, la categoría de hechos humanos, involucra la existencia de una conducta humana voluntaria o involuntaria, que emana del sujeto y que en consecuencia resulta atribuible a este.

Hechos constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones o situaciones jurídicas

De la definición que propone el artículo 259 surge otra clasificación basada en las consecuencias a que dan lugar los hechos jurídicos.

Así, el CCCU les confiere efectos constitutivos, modificativos y extintivos, según produzcan el nacimiento, la modificación o el fin de una situación o relación jurídica.

La constitución de situaciones o relaciones jurídicas, es decir, la adquisición de derechos puede ser originaria o derivada, según tenga su fundamento en un derecho antecedente o no.

La modificación de derechos se produce en algún momento entre el nacimiento y la extinción, en virtud de vicisitudes que se produzcan durante la ejecución del acto. Por ejemplo, hay modificación en los sujetos cuando el acreedor cede sus derechos a un tercero.

La extinción de derechos opera como consecuencia de la finalización de la situación o relación jurídica.

Hechos voluntarios e involuntarios

Una vez que hemos podido definir a los hechos humanos, corresponde hacer otra distinción al interior de dicha categoría, para diferenciar entre ‘hechos voluntarios e involuntarios’.

Esta clasificación, surge de los artículos 260 y 261 del CCCU.

El artículo 260 considera actos voluntarios a los obrados con discernimiento, intención y libertad, y que se manifiestan por un hecho exterior. En consecuencia, la ausencia de cualquiera de estos elementos califica al acto como involuntario.

El artículo 261, enuncia los actos obrados sin discernimiento, aunque como veremos más adelante, la categoría actos involuntarios comprende también a aquellos obrados sin intención –mediando los vicios de error o dolo– y sin libertad –mediando vicio de violencia–.

Imagen 10



Elaboración propia.

Situaciones y Relaciones Jurídicas

A continuación, veremos a qué refiere el artículo 259 por situaciones y relaciones jurídicas.

Por situaciones jurídicas deben entenderse determinadas calificaciones que las normas atribuyen a personas, cosas y actos. Es un modo permanente y objetivo de estar alguien con respecto de otro que habilita a aquel titular para el ejercicio indefinido de poderes o prerrogativas mientras tal situación subsista.

La relación jurídica, por su parte, se configura como un vínculo que el derecho objetivo establece entre personas al atribuir a una ellas el poder de imponer a la otra un determinado comportamiento. Las relaciones jurídicas encuentran el sustrato en las relaciones sociales, en la

vida cotidiana; son infinitas, esencialmente variables y están destinadas a agotarse (Herrera, 2015 I: 432).

Como podemos apreciar, la situación jurídica es un determinado modo o manera de estar de las personas en la vida social, regulada por el derecho. Las situaciones jurídicas pueden referir a una posición del sujeto frente al ordenamiento jurídico respecto de sí mismo –la situación de tener plena capacidad de ejercicio o tenerla restringida, ser soltero/a, casado/a, funcionario/a público/a, etc.–, respecto de la sociedad –la situación de ser propietario de una cosa– o respecto de otros –ser deudor, acreedor, madre, hija, cónyuge–, lo que nos ubica en el campo de las relaciones jurídicas.

Cuando la situación jurídica refiere solo al sujeto en su posición frente al ordenamiento, hablamos de situación jurídica unisubjetiva. Cuando lo coloca en relación a otras personas, hablamos de situación jurídica plurisubjetiva. Estas últimas son específicamente ‘relaciones jurídicas’.

La relación jurídica es el vínculo que une dos o más personas respecto de determinados bienes o intereses, estable y orgánicamente regulada por el Derecho, como cauce para la realización de una función social merecedora de tutela jurídica.

La causa de esas relaciones jurídicas son los hechos y los actos jurídicos.

c) Aspectos internos y externos de los actos voluntarios

Como hemos señalado en el párrafo anterior, el artículo 260 pone en evidencia que el acto voluntario se integra de elementos internos –el discernimiento, la intención y la libertad– y de un elemento externo –la exteriorización de la voluntad–.

Imagen 11



Elaboración propia.

Elementos internos. El discernimiento:

Tradicionalmente se ha definido al discernimiento como la aptitud para distinguir lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo verdadero de lo falso, lo conveniente de lo inconveniente.

El Código de Freitas lo definía como la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias. Su ausencia acarrea la involuntariedad del acto.

Como hemos dicho antes, las causas obstativas del discernimiento son enunciadas en el artículo 261, que refiere a la menor edad y a la privación de la razón del siguiente modo:

Artículo 261. *Acto involuntario.*- Es involuntario por falta de discernimiento:

- a. el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón;
- b. el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años;
- c. el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

Como pueden ver, no hablamos de vicios que afecten el discernimiento, sino de causas obstativas, en tanto estas refieren a circunstancias inherentes a la aptitud intelectual del sujeto (Rivera y Medina, 2014 I: 598), que se proyectan a todas las relaciones y situaciones jurídicas que lo involucran. Los vicios en cambio, afectan solo a un acto concreto.

En lo referido a la menor edad, el CCCU mantiene la distinción entre actos lícitos e ilícitos a la hora de establecer un criterio rígido etario para determinar que existe discernimiento.

En cuanto a la privación de la razón, vale aclarar que no nos referimos aquí solamente a la existencia de patologías relativamente estables o permanentes, sino que también puede producirse como consecuencia de una circunstancia temporal o accidental solo relacionada con el acto en cuestión (por ejemplo una intoxicación por fármacos o alcohol, una fiebre alta, pueden afectar el discernimiento).

La intención

La intención es el discernimiento aplicado al acto (Buteler Cáceres, 1987: 205). En consecuencia, habrá intención como elemento interno del acto voluntario cuando existe una correspondencia adecuada entre lo comprendido y lo actuado.

La intención se encuentra ausente en el acto cuando median los vicios de error o dolo, en tanto la comprensión de los efectos del acto ha sido desviada ya sea por causa propia –error– o ajena –dolo–.

La libertad

Finalmente la libertad, implica la ausencia de una coacción exterior que permita elegir sin imposiciones entre la decisión de ejecutar o no el acto voluntario. El vicio que la afecta es la violencia, tanto en su dimensión material como en su aspecto moral.

Desarrollaremos los vicios de los actos voluntarios en la Lección VI.

d) Manifestación de la voluntad. Distintas formas (artículo 262/264)

Además de los elementos internos del acto voluntario, es necesario que la voluntad se exteriorice, es decir se manifieste por un hecho exterior. La ausencia de exteriorización torna a la voluntad irrelevante para el ordenamiento jurídico, en tanto permanece en el fuero interno de los sujetos y resulta desconocida para otros. En consecuencia, para que la voluntad sea relevante para el derecho es necesario que haya sido emitida, y que resulte perceptible, es decir aprehensible por otros.

A esta manifestación de la voluntad que opera como elemento de la voluntariedad del acto, también la llamamos forma esencial.

El artículo 262 prevé distintas formas de manifestación de la voluntad, refiriendo a la forma oral, escrita, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

La expresión ‘oral o verbal’, que es la primera de las formas referenciadas, es la más débil en cuanto a su prueba. Solo los negocios de menor trascendencia, pequeños actos de consumo que se desarrollan en la cotidianidad adoptan esa forma. En el caso en que la palabra hablada haya sido registrada a través de medios técnicos, nos encontraríamos frente a un documento, y por lo tanto a una expresión escrita en sentido estricto del término.

La expresión escrita, por su parte, provee una mayor seguridad al negocio celebrado. La norma debe ser complementada con las previsiones de los artículos 286, 287 y 288 que especifican las distintas posibilidades de soporte y de valor probatorio.

Así, el artículo 286 define a la expresión escrita:

Artículo 286.-*Expresión escrita:* La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada

instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado en un texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Como vemos, la noción de escritura se amplía considerablemente, incluyendo las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

En el mismo sentido, se definen los instrumentos particulares:

Artículo 287.- *Instrumentos privados y particulares no firmados.* Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados.

Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

Finalmente, es necesario considerar que el artículo 288 recepta la firma digital para los instrumentos generados por medios electrónicos, incorporando y actualizando lo previsto en la ley 25506 de 2001 al CCCU, en tanto equipara sus efectos a los de la firma manuscrita.

Otra forma de manifestación de la voluntad está constituida por los llamados ‘signos inequívocos’. Se trata de manifestaciones gestuales que no dejan dudas, expresando un significado inconfundible. Levantar la mano en una asamblea o en un remate, asentir o negar con la cabeza, son expresiones que se encuentran incorporadas al lenguaje gestual de nuestra sociedad y sus consecuencias resultan indubitables.

Finalmente, la ejecución de un hecho material refiere a conductas de los sujetos, como la devolución del instrumento que documenta la obligación al deudor antes del vencimiento de la misma, que se entiende como remisión o perdón de la deuda. Existen otros actos relevantes para el derecho que se desarrollan íntegramente a través de conductas, pensemos por ejemplo en los contratos que se celebran a través de máquinas expendedoras, como el transporte urbano de pasajeros.

e) Silencio

En contra de la creencia popular de que “el que calla otorga”, en nuestro sistema jurídico el silencio, es decir, la inexistencia o ausencia de expresión, no produce consecuencias. Es esta la regla general que surge del artículo 263 del CCCU.

Sin embargo, la norma consagra cuatro excepciones, es decir cuatro casos en que el ordenamiento le asigna valor a la reticencia del sujeto. Ellos son:

- a) Cuando exista un deber de expedirse que resulte de la ley –por ejemplo, a la hora de absolver posiciones durante la prueba confesional en el proceso civil–.
- b) Cuando este deber de expedirse resulte de una convención particular, porque así lo han establecido las partes de un contrato –por ejemplo, si se pacta que la ausencia de manifestación implica conformidad a la renovación del contrato por un período igual–.
- c) Cuando la obligación de manifestarse resulte de los usos y prácticas, lo que implica reconocer el valor del derecho consuetudinario, muy relevante en ciertos ámbitos, como el derecho comercial.
- d) Finalmente, cuando exista una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes. Esta última pauta requiere de una labor interpretativa a partir de la cual pueda vincularse el silencio con una conducta anterior, relevante jurídicamente, que permita colegir una manifestación de voluntad.

2. HECHOS INVOLUNTARIOS

a) Concepto. Efectos

Como hemos señalado antes, los hechos involuntarios se definen por la ausencia de alguno de los elementos de la voluntariedad, así, se reputan tales a los obrados sin discernimiento, intención o libertad. Hemos detallado más arriba las causas obstativas del discernimiento y los vicios que pueden afectar a la intención y la libertad.

El Código de Vélez Sarfield, establecía en su artículo 900 que “los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna”. Esta regla no aparejaba la inexistencia de efectos jurídicos del acto involuntario, sino que las consecuencias a que puede dar lugar, no derivarán de la autonomía de la voluntad, sino de la ley.

El CCCU no contiene una disposición similar.

En el campo del derecho civil, la circunstancia de que el hecho resulte involuntario, no impide la valoración de su antijuridicidad, es decir, de la contradicción con el ordenamiento jurídico. De este modo, cuando aún involuntario el hecho resulte ilícito –contrario a la ley–, puede dar lugar a una indemnización basada en la equidad, o a una obligación de reparar el enriquecimiento sin causa.

Asimismo, la ausencia de voluntariedad del acto, si bien impide la atribución de responsabilidad basada en factores subjetivos (dolo o culpa), no obstaculiza la aplicación de otros factores objetivos de responsabilidad,

como por ejemplo, la de los padres, tutores, o guardadores de la persona que hubiere obrado sin discernimiento.

b) Hechos ilícitos: noción

Los hechos ilícitos son acontecimientos humanos, voluntarios, que por acción o por omisión resultan contrarios al ordenamiento jurídico y que, como consecuencia de ello, dan origen a la responsabilidad civil. La responsabilidad civil se expresa en la obligación de indemnizar los daños causados con aquel accionar.

Para que esta se configure, es necesario que se encuentren presentes una serie de presupuestos o elementos de la responsabilidad civil, a saber: antijuridicidad, daño, factor de atribución y nexo adecuado de causalidad.

La antijuridicidad refiere a la contradicción de la conducta del sujeto con el ordenamiento jurídico. Esa contradicción puede surgir de un incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, que da lugar a responsabilidad contractual, o de la violación de un deber legal, que origina responsabilidad extracontractual.

El daño involucra no solo a los perjuicios efectivamente sufridos –daño emergente–, a la ganancia dejada de percibir –lucro cesante– y al daño moral. Para que resulte resarcible el daño debe ser cierto, personal y subsistente al tiempo del resarcimiento.

El factor de atribución es la razón o fundamento de la responsabilidad civil. Existen factores de atribución subjetivos: dolo –intención de dañar– y culpa –negligencia o impericia–; y factores objetivos de atribución: el riesgo creado, la garantía, el abuso del derecho, el exceso en la normal tolerancia entre vecinos y la equidad.

Finalmente, para que proceda la responsabilidad civil, es también necesario que exista un nexo de causalidad adecuado entre el hecho dañoso, el daño, y la conducta de la persona a la que se le atribuye responsabilidad.

3. ACTOS JURÍDICOS

El acto jurídico constituye una de las principales categorías analíticas del derecho, y especialmente del derecho civil. Resulta la máxima expresión del principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad, que implica el reconocimiento de una amplia esfera de actuación libre de los individuos frente al Estado, en virtud de la cual estos pueden hacer todo aquello que la ley no prohíba.

La autonomía de la voluntad tiene fundamento en los artículo 14 y 16 de la Constitución Nacional, en la medida de que estos reconocen a los seres humanos como libres, iguales pero se explicita en el artículo 19 que recepta el llamado principio de reserva de la ley al establecer que: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”, para señalar luego que “nadie será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

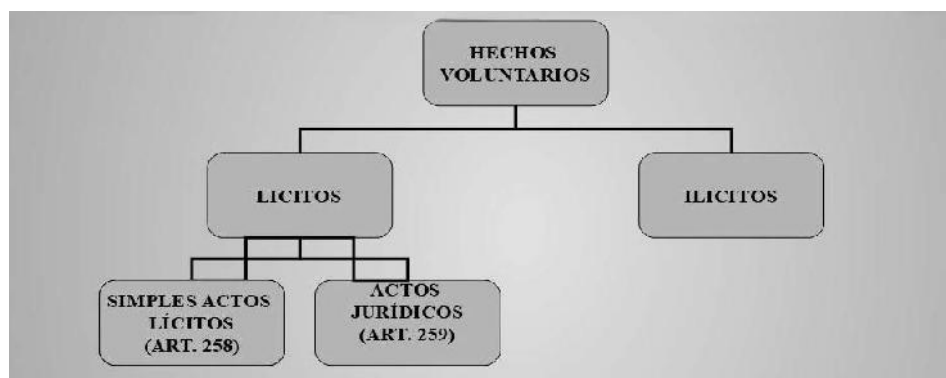
La teoría general del acto jurídico o negocio jurídico es uno de los desarrollos doctrinarios más trascendentes en el campo del derecho privado, aun así, no ha encontrado lugar sino en algunas pocas legislaciones (Rivera y Medina, 2016: 610), como es el caso del CCCU argentino.

Siguiendo a Rivera y Medina (2016: 610) podemos afirmar que:

La trascendencia de la doctrina general del acto jurídico radica en la extensión de su ámbito de aplicación: así, tanto los negocios jurídicos bilaterales y patrimoniales, esto es, los contratos, cuanto los negocios jurídicos familiares, los testamentos, los negocios jurídicos que tienen un objeto no patrimonial (actos de disposición sobre el propio cuerpo, por ejemplo), y los negocios patrimoniales unilaterales (la constitución en mora, la resolución de propia autoridad por ejercicio de la condición resolutoria tácita), y cualquier otro acto voluntario lícito que tenga una finalidad jurídica inmediata, quedarán subordinados a esas normas genéricas.

Si bien cada clase de acto jurídico tendrá normas específicas que la regulen, lo cierto es que nuestro sistema consagra un régimen estándar básico aplicable a todo acto jurídico.

Imagen 12



Elaboración propia.

a) Concepto (artículo 259)

El artículo 259 del CCCU define al acto jurídico de la siguiente manera:

Artículo 259.- *Acto jurídico*: El acto jurídico es el acto voluntario, lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

De esta definición surge una serie de requisitos que nos permitirán conocer si estamos o no frente a un acto jurídico.

El primero de ellos refiere a la voluntariedad del acto. Así, la cuestión nos lleva a la capacidad negocial de ejercicio y de derecho. Verificada esta, es necesario que exista una voluntad efectiva, es decir, exteriorizada, y que esta resulte concordante con lo querido. En definitiva, es necesario que se trate de una voluntad no viciada.

El requisito de la exteriorización se conecta con otro aspecto fundamental: la forma. Cuando exista una forma impuesta, el acto deberá necesariamente ajustarse a ella.

Además de estas cuestiones, el acto jurídico debe poseer un objeto idóneo, cuyo alcance se encuentra definido por el artículo 279 del CCCU y una causa lícita, que es el fin inmediato y determinante de la voluntad.

Sólo entonces, cuando se logre un equilibrio entre la aptitud subjetiva de los otorgantes, una voluntad no viciada, un objeto idóneo y una causa lícita, el acto podrá producir con plenitud la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas en los términos del artículo 259 (Rivera y Medina, 2014 I: 590).

Es preciso que se verifiquen todos los requisitos legalmente previstos, para que la autonomía de la voluntad se exprese válidamente en el campo del derecho.

Caracteres

De esta definición de acto jurídico surgen también sus caracteres:

a. *Acto*: es para diferenciarlo del hecho jurídico humano.

b. *Acto voluntario*: significa que para configurarse depende de que sea ejecutado por la persona con discernimiento, intención y libertad, es decir, con todos los elementos internos de la voluntad sanos o sin vicios (artículo 260).

c. *Acto lícito*: de la definición legal se desprende que el acto o negocio debe ser necesariamente lícito. No sería lógico que el ordenamiento jurídico proteja negocios que son contrarios u opuestos a sus propias

disposiciones. Si en alguno de sus elementos existen o aparecen cláusulas inválidas o ilícitas, dicha ilicitud podría comunicarse al acto, ya sea en forma total o parcial; de ahí que las nulidades solo se derivan de los actos jurídicos y no de los simples hechos voluntarios.

d. Fin inmediato de producir efectos jurídicos secundado por el ordenamiento legal: es el fin específico, la nota típica del acto jurídico, que lo diferencia de todos los otros actos que, no obstante ser voluntarios, no tienen el propósito de crear relaciones y situaciones jurídicas (Herrera et al., 2015 I: 233)

Como hemos podido ver en el párrafo anterior, la característica que permite diferenciar a los actos jurídicos del simple acto lícito y de otros hechos voluntarios es la voluntad deliberada de producir efectos jurídicos. Esto significa que en el acto jurídico el autor persigue, es decir, quiere, el nacimiento, la modificación o la extinción de la relación o situación jurídica concreta.

Distinción con los simples actos lícitos

Decíamos antes que la característica distintiva y fundamental del acto jurídico es la finalidad jurídica inmediata buscada. Es decir, en el acto jurídico el efecto se produce porque así lo ha querido el sujeto.

En los simples actos lícitos, en cambio, la consecuencia jurídica se produce con total prescindencia de la voluntad del agente, en tanto surge de la ley.

El simple acto lícito se encuentra definido en el artículo 258 del CCCU:

Artículo 258.- *Simple acto lícito:* El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

Pensemos en un clásico ejemplo de la doctrina. El caso de quien caza o pesca. Aunque el sujeto haya decidido cazar o pescar por placer, como esparcimiento o como deporte, y sea ese y no otro el fin inmediato de su acción, la ley le atribuye el dominio de la presa, en caso de que la haya conservado.

Clasificación

A continuación desarrollaremos en un cuadro las principales clasificaciones del acto jurídico.

Elementos

Existen diversas formas de presentar o clasificar los elementos del acto jurídico. La más extendida distingue entre elementos esenciales, naturales y accidentales.

Los *elementos esenciales* del acto jurídico son aquellos componentes que resultan imprescindibles para su configuración. Se subclasifican en elementos esenciales *generales*, que se requieren para todo acto jurídico y elementos esenciales *específicos*, cuya aplicación se limita a un acto jurídico en particular (por ejemplo, en la compraventa, es elemento especial específico el precio en dinero).

Los elementos esenciales, cuya ausencia apareja la inexistencia del acto son: la voluntad, el objeto, la causa y la forma. A su vez, para que el acto además de existir sea válido, la voluntad deberá ser no viciada, el objeto y la causa lícitos, y la forma de acuerdo a lo establecido por la ley en los casos en que este imponga alguna solemnidad.

Los elementos *naturales* por su parte, son aquellos efectos que el ordenamiento atribuye al acto, aunque las partes no los hubieran establecido. Se trata de aspectos como la garantía de evicción y vicios redhibitorios en la compraventa, que se entienden implícitos en dicho contrato aun cuando las partes no los hubieran incorporado. Se autoriza a las partes a dejarlos de lado o eliminarlos en el caso concreto.

Finalmente, los elementos *accidentales* del acto jurídico, son las modalidades: condición, plazo y cargo, que resultan en principio ajenas al acto y pueden incorporarse a él por las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Volveremos sobre estos elementos al finalizar el capítulo.

b) Sujetos. Representación (artículo 358/361)

Como hemos señalado más arriba, el acto jurídico constituye el principal medio de expresión del principio de autonomía de la voluntad, en tanto esta permite a los sujetos de las relaciones jurídicas configurarlas dentro del ámbito de su libertad y el respecto de los límites que la ley le ha impuesto.

Es así que son *partes* del acto jurídico “quienes ejercen una prerrogativa jurídica propia y a quienes se imputan las situaciones y las relaciones jurídicas que el acto tiene por finalidad establecer. Se trata, en otras palabras, de aquellos cuyo interés o esfera jurídica queda regulada por el negocio” (Herrera et al., 2015 I: 433).

Los efectos del acto, es decir el nacimiento, la modificación o la extinción de situaciones y relaciones jurídicas operarán en relación con la o las partes, según sea el acto unilateral o bilateral.

Estos efectos, se proyectarán además respecto de los *sucesores universales*.

Todos los que no son parte en el acto jurídico, ni sucesores universales, se consideran extraños al acto. Los llamamos terceros, y la doctrina los clasifica del siguiente modo:

a. Acreedores: Los acreedores se clasifican en quirografarios y privilegiados. Los primeros se denominan comunes o simples; su crédito se cobra del patrimonio del deudor sin preferencia, distribuyéndose a prorrata el remanente una vez pagados los acreedores con preferencia para el cobro. En cambio, son privilegiados aquellos que tienen derecho a ser pagados con antelación a los otros.

b. Sucesores a título singular: (...) En principio, no se ven alcanzados por los efectos de los actos jurídicos realizados por los autores del acto o, más precisamente, por las partes. Sin embargo, este principio admite algunas excepciones. En primer lugar, pueden verse beneficiados o perjudicados por los actos jurídicos cumplidos por su autor en la hipótesis de que constituyan un antecedente del derecho transmitido.

c. Penitus extranei: Son los verdaderos terceros porque no tienen ninguna relación con el acto y sus consecuencias.

d. Intervinientes no partes: Son aquellos que pudieron haber concurrido al acto pero que no comprometieron un interés propio en la celebración del negocio, aunque de alguna manera contribuyeron a que este se llevara a cabo. Así, el caso del escribano o de los testigos que comparecen a una escritura pública (Herrera et al., 2015 I: 434)

Si bien es frecuente que sea la misma parte quien otorga el acto, es decir, quien se encuentra presente al momento de su celebración y manifiesta su consentimiento, es posible que el acto jurídico se celebre por *representación*, es decir, a través de otra persona, que actúa como mero otorgante, en nombre y por cuenta de otro, pero que no será titular de las situaciones y relaciones jurídicas creadas, modificadas o extinguidas. La representación opera como regla en toda clase de actos, excepto en aquellos en que la ley exija que sean otorgados por el titular del derecho.

La institución de la representación se encuentra regulada en el CCCU en los artículos 358 a 361 a cuya lectura remitimos.

Del artículo 358 surge la existencia de tres clases de representación:

- *Voluntaria*, cuando resulta de un acto jurídico, es el caso del contrato de mandato u otro acto de apoderamiento.
- *Legal*, cuando resulta de una regla del derecho, es el caso de la representación que los padres ejercen respecto de sus hijos e hijas menores de edad.
- *Orgánica*, cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

La representación produce los efectos previstos en el artículo 359:

Artículo 359.- *Efectos.* Los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado.

Para que este efecto se produzca es necesario que el acto se haya otorgado dentro de los límites que impone el acto de apoderamiento, la ley o el estatuto, entendiéndose que se encuentran comprendidas las facultades necesarias para proceder a su ejecución.

Capacidad y determinación del sujeto

Finalmente, es necesario señalar que, como la voluntad es uno de los elementos esenciales del acto jurídico, es imprescindible que el sujeto de quien emana esa voluntad sea capaz de cambiar el estado de su derecho.

Asimismo, como sucede con todos los elementos del acto jurídico, el sujeto debe ser determinado o determinable, como condición de validez del mismo.

c) Objeto (artículo 279)

El objeto del acto jurídico está definido en el artículo 279 del CCCU, por una fórmula de exclusión, en tanto opta por señalar cuáles son los hechos y los bienes que no pueden ser objeto del acto jurídico.

De la norma referenciada surge que el objeto del acto jurídico lo constituye su materia, es decir los hechos y los bienes. De esta forma, como señalan Rivera y Medina (2014 I: 641), se evita la confusión con otros conceptos distintos. La obligación es un efecto del acto jurídico; la prestación es el objeto de la obligación.

Requisitos respecto de los hechos

En relación con los hechos, la norma establece que no deben ser imposibles, prohibidos por la ley, contrarios a la moral, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana.

Hechos prohibidos

Los hechos ilícitos no pueden ser objeto del acto jurídico, ya que la licitud forma parte de su propia definición. Estamos aquí frente a una imposibilidad jurídica. De este modo, los actos que tengan por objeto hechos prohibidos por las leyes no gozarán de tutela legal. No es posible por ejemplo, formar una sociedad dedicada al contrabando.

Hechos contrarios a la moral y al orden público

El estándar de la moral y las buenas costumbres ha tenido un profuso desarrollo en nuestro medio, a partir del análisis del artículo 953 de

Código de Vélez Sarfield, que con anterioridad a la Ley 17711 constituyó la única norma a partir de la que los operadores judiciales pudieron construir un sistema de límites al ejercicio de los derechos subjetivos.

Los criterios mayoritarios al respecto, han entendido que la norma refiere a la moral media de una sociedad en el tiempo presente, lo que permite ponderar desde un punto de vista objetivo, práctico y concreto la concepción colectiva sobre la cuestión a analizar.

Es importante señalar también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la moral pública como criterio para la restricción de derechos, debe ser sometida a su vez al estándar de las “justas exigencias de una sociedad democrática” lo que impide la imposición de una moral mayoritaria por sobre otras concepciones alternativas que expresen posiciones de minorías culturales, étnicas, religiosas, ideológicas, siempre superen dicho estándar.

Hechos lesivos de los derechos ajenos o de la dignidad humana

La primera limitación está referida a los efectos relativos del acto jurídico, que como hemos dicho, no puede afectar derechos de terceros, como sucede en el caso del fraude a los acreedores.

La segunda, refiere a la vulneración de la dignidad humana, como sucede en el caso de las condiciones prohibidas (artículo 344 del CCCU). De todos modos, este concepto debe ser analizado en conjunto con las reglas que autorizan la disposición total o parcial de derechos personalísimos.

Requisitos respecto de los bienes:

Comenzaremos señalando que aquí el concepto de bienes se utiliza como comprensivo de los objetos materiales e inmateriales, es decir, de los bienes propiamente dichos y de las cosas.

Bienes que estén especialmente prohibidos

La primera cuestión que cabe aclarar es que no existen bienes prohibidos en general, sino bienes respecto de los que se ha prohibido que resulten objeto de un acto jurídico en particular. Por ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre una cosa mueble, o la compraventa de un órgano del cuerpo humano.

Bienes futuros

Siguiendo a Rivera y Medina (2016: 627) cabe señalar que las cosas futuras pueden ser objeto del acto jurídico, cuando su existencia depende de una condición o se trate de un negocio aleatorio.

El cuerpo humano y la persona como objeto del acto jurídico

El CCCU adopta una concepción amplia del término bienes, incluyendo no solo a los objetos susceptibles de valor económico, sino también a otros cuya protección se establece en función de otros valores.

Es así que el artículo 1.004 del CCCU admite que el cuerpo humano o partes separadas de este sean objeto de los contratos.

Sin perjuicio de dicha autorización, es necesario recordar que resultan de aplicación los artículos 17 y 56 del CCCU, que hemos tratado con anterioridad y a cuyo análisis remitimos.

Requisitos comunes a hechos y bienes:

Posibilidad

La doctrina mayoritariamente ha entendido que el recaudo de la posibilidad se extiende tanto a hechos como a bienes. Refiere aquí a la imposibilidad material, en tanto la imposibilidad jurídica caería dentro del concepto de hechos o bienes prohibidos.

Para que la imposibilidad provoque la nulidad del acto jurídico debe ser originaria, es decir, estar presente desde el nacimiento del acto, y además absoluta, para todos, no solamente para el sujeto obligado.

Determinabilidad

Además el objeto debe ser determinado, esto es establecido con precisión en el acto, o determinable, cuando se han previsto los mecanismos que permitan concretarlo al momento del cumplimiento.

d) Causa (artículo 281 y 282)

La palabra *causa*, tiene distintas acepciones en el campo del derecho. Llamamos *causa fuente* o *causa eficiente* al origen, o hecho generador del acto, o a los presupuestos de hechos de una situación o relación jurídica. No es esta la causa que nos interesa desarrollar aquí.

La *causa fin*, por su parte, refiere al propósito perseguido por las partes al llevar a cabo un negocio o acto jurídico. Esa finalidad es, en principio, abstracta y común a todos los actos del mismo tipo. Así, en la compraventa el comprador persigue obtener la propiedad de una cosa y el vendedor recibir el precio; en un testamento, disponer el destino de sus bienes para después de su muerte.

Con la regulación de la causa dentro de la teoría general del acto jurídico, el CCCU pone fin a la controversia doctrinaria entre causalistas y anticausalistas. El artículo 281 establece:

Artículo 281.- *Causa*. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad.

También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

La primera parte del artículo refiere a la causa *fin*.

Ahora bien, la segunda parte de la norma incorpora además otra acepción de la palabra causa, la llamada causa *motivo*, relativa a los propósitos o aspiraciones concretas que los sujetos consideraron a la hora de celebrar el acto jurídico. La causa *motivo* solo será elemento del acto jurídico, cuando estos hayan sido exteriorizados e incorporados en forma expresa al contrato. También se admiten los motivos incorporados tácitamente, pero en este caso deberán ser esenciales para ambas partes.

Esta doble vertiente de la causa que recepta el CCCU, parece ubicarlo dentro de la doctrina del dualismo sincrético, que considera elemento del acto tanto a la finalidad uniforme y repetida del acto, como a los motivos psicológicos concretos, siempre que estuvieran exteriorizados.

Presunción de causa y falsa causa

El artículo 282 fija el principio general de que todo acto se presume celebrado con causa. Se trata de una presunción *iuris tantum*, de manera tal que admite prueba en contrario. A continuación, regula lo relativo a la falsedad de la causa, estableciendo que el acto es válido aunque la causa expresada sea falsa, siempre que exista una verdadera.

Como la causa es considerada en el régimen del CCCU un elemento esencial del acto jurídico, la falta de causa acarrea su nulidad. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el error sobre la causa principal del acto.

Sin embargo, esta regla no se aplica a todos los actos jurídicos. La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en los actos abstractos, tal como lo prevé el artículo 283.

e) Forma. Prueba: distintos medios

Acepciones o significados de la palabra prueba

La palabra prueba no tiene un significado unívoco, y reconoce tres acepciones en el campo del Derecho:

- a) Alude a la *demostración de la verdad de un hecho*, de su existencia o inexistencia. Pero no se trata de cualquier demostración: es el establecimiento, por los medios legales, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento a un derecho que se reclama. La prueba en el derecho adquiere singular importancia, porque muchas veces el derecho mismo se confunde con la prueba; de allí su estudio en la parte general del Derecho Civil y con mayor

profundidad en el Derecho Procesal Civil. En cuanto a la teoría general de las pruebas en el derecho, esta importa un estudio constante, mediante el cual las legislaciones van admitiendo nuevos medios probatorios en el afán de que la justicia cuente con mayores instrumentos de investigación.

- b) Se refiere a los *medios de prueba*, o sea, los medios de convicción, considerados en sí mismos. Los medios de prueba admisibles se encuentran regulados en la legislación.
- c) Se habla de la prueba para referirse al hecho mismo de su producción, *a la circunstancia de hacerla valer ante los tribunales*. En este sentido, por ejemplo, se dice que la prueba incumbe al actor o al demandado.

Veremos que, en derecho, la prueba recae sobre la existencia de hechos y actos jurídicos. Mientras que en principio los primeros pueden ser probados por cualquier medio de prueba (rige un principio de amplitud probatoria, mucho más evidente en este código), los segundos, es decir, los actos jurídicos se prueban por su forma, lo que lleva en muchos casos a una confusión entre ambos conceptos.

El nuevo CCCU consagra en el artículo 1019, una fórmula amplia y general, que no especifica los medios concretos de prueba y que impone a los jueces la razonabilidad de la sana crítica y sujeción a leyes procesales.

A continuación, el artículo 1020 contiene reglas respecto de la *prueba de los contratos formales*, lo que nos lleva a la necesidad de distinguir entre forma y prueba de los actos jurídicos.

Acepciones o significados de la palabra forma

Es preciso distinguir la forma como exteriorización de la voluntad de las formalidades, o en otras palabras, la *forma en sentido amplio (esencial)*, por un lado, y en *sentido estricto (formalidades del acto)*, por otro. La primera es el modo de ser de la manifestación. La forma es la manera de expresar algo, ya se trate de la palabra escrita, hablada, los gestos inequívocos o cualquier comportamiento, sin importar de qué manera se traduce al mundo de los hechos; lo que importa para esta acepción de forma es que la voluntad de una persona se haga reconocible para el resto. La segunda acepción es la que se conoce como “formalidades del acto” y que marcan la mayor o menor libertad de los sujetos para poder elegir de qué modo expresan el acto jurídico. Es decir, el término “forma” se refiere en este caso a la que es impuesta por la ley o por voluntad de los particulares para exteriorizar una determinada manera prefijada, una declaración de voluntad.

En efecto, muchas veces y por distintas razones, la ley exige que ciertos actos se lleven a cabo con una forma preestablecida. Ello ocurre con la expresión por escrito, por instrumento o escritura pública. Estas exigencias tienen distintas finalidades, en tanto a veces la ley impone alguna formalidad como prueba del acto y en otras ocasiones la establece como parte estructural.

Distinción entre forma y prueba

Forma y prueba son dos conceptos diferentes que –sin embargo– suelen confundirse.

Cuando alguna norma exige la instrumentación por escrito para determinado acto jurídico, es posible interrogarse sobre si lo requiere como forma del acto (sin la cual no le reconoce validez) o si lo exige como prueba, es decir, para demostrar su existencia.

Debe entenderse por prueba el conjunto de elementos mediante los que pueda demostrarse la existencia y contenido de un acto jurídico, o, si se quiere, el conjunto de medios que se emplean en un proceso para demostrar al juez los hechos invocados.

La función de la prueba es la de representar al intelecto y sentidos del juez la existencia de un acto pretérito. Ese acto jurídico fue tal, es decir, logró su existencia mediante una forma –determinada o no–; para mantener su vigencia, en caso de ser controvertida, es necesaria la prueba.

La actividad probatoria importa trasladar al acto en el tiempo, del momento de su celebración al de su invocación.

Forma y prueba, sin embargo, en una primera aproximación, pueden llegar a confundirse. Esto ocurre con la forma instrumental cuando el sistema jurídico exige para la validez del acto una forma determinada. En tal supuesto, esa forma es necesaria para la validez del acto y también, para su prueba.

La prueba puede ser externa al acto –ejemplo de esto último, la prueba confesional–.

La forma es contemporánea al acto, mientras que la prueba puede o no ser coetánea.

No lo es la prueba de testigos, puesto que se produce u obtiene con posterioridad al acto que se pretende probar.

La prueba coetánea se denomina ‘preconstituida’.

Como quedó dicho anteriormente, no puede existir acto jurídico sin forma esencial, aunque no sea determinada, pero sí sin prueba.

Ambos son conceptos independientes. De la misma manera, pueden existir actos jurídicos que efectivamente hayan existido, pero que no hayan podido ser probados –dan lugar a obligaciones naturales–.

La forma solo es exigencia de los actos jurídicos, mientras que la prueba puede serlo de la concurrencia de meros hechos jurídicos –por ejemplo, tener que demostrar que granizó en tal lugar para poder reclamar el pago de un seguro–.

La prueba en el Derecho Civil y en el Derecho Procesal

La materia relativa a la prueba cae principalmente dentro del campo del Derecho Procesal, porque por regla general, es ante los tribunales, con motivo de un litigio, cuando los interesados intentan probar sus pretensiones. Por ello, los Códigos de Procedimiento Civil, que resultan de competencia provincial, consagran numerosas normas relativas a la manera como se rinde la prueba en juicio. Pero la prueba también es una materia propia del Derecho Civil:

- a) En primer lugar, *hay situaciones que deben probarse fuera de todo juicio*. Así, por ejemplo, para contraer matrimonio, debe acreditarse la edad mínima exigida por la ley; para inscribir los niños en la escuela, es necesario acreditar la filiación con la pertinente partida de nacimiento; para determinar la categoría que corresponde tributar en el monotributo, se requiere acreditar con el contrato locativo el monto de los alquileres abonados y la superficie del inmueble arrendado.
- b) *A la vez, la prueba presenta una dimensión sustantiva (de fondo) que abarca:*
 - La determinación de *los medios de prueba* previstos o autorizados –veremos más adelante que el CCCN nos impone, en varias ocasiones, determinado medio de prueba: la pericial del equipo interdisciplinario para la restricción de la capacidad, según el artículo 37; la instrumental para los contratos que sea de uso instrumental de acuerdo al artículo 1019–.
 - Su *admisibilidad*: la prueba es inadmisibile cuando el medio que se propone o la oportunidad en que se la hace valer no están legalmente permitidos –cartas misivas dirigidas a terceros, inadmisibilidad de la testimonial en el abuso de la firma en blanco, si no hubiere principio de prueba por escrito, artículo 315–, o cuando los medios son inidóneos para demostrar el hecho controvertido que hay necesidad de probar; es *impertinente* la que no corresponde a los hechos articulados y controvertidos; y por último es *atendible* cuando reviste suficiente eficacia para crear, en el proceso en el que se practicó y en el momento de la sentencia, que es cuando se valoran o aprecian las pruebas, la convicción del juez.

Las partes no tienen absoluta libertad para demostrar los hechos recurriendo a cualquiera de los medios de prueba que establece la ley. En ciertos casos, la ley restringe la prueba, admitiendo solo determinados medios. Así ocurre:

- Cuando la ley solo admite los instrumentos públicos –por ejemplo en la donación de bienes inmuebles–.
- Cuando se excluye la prueba de testigos –en el abuso de la firma en blanco–.
- El *valor probatorio* de los diversos medios de prueba –es el código de fondo el que establece qué medios constituyen plena prueba, es decir, se bastan a sí mismos, y cuáles constituyen semiplena prueba y deben integrarse con otras probanzas del juicio–.

Objeto de la prueba.

En principio, lo que debe probarse son los hechos, no el Derecho. Deben acreditarse los hechos jurídicos en general y los actos jurídicos en particular. El Derecho, no necesita probarse, pero sí los usos, prácticas y la costumbre, a que refiere el artículo 1 y la legislación extranjera.

Pero a su vez, no todos los hechos deben probarse:

- a) Los *hechos “pacíficos”* no requieren prueba: o sea, los hechos no controvertidos, los que las partes aceptan sin contradicción. En virtud de la admisión de tales hechos por las partes, el juez debe tenerlos por acreditados –así, por ejemplo, si el demandante invoca un contrato de compraventa como fuente de su crédito, y el demandado reconoce dicho contrato, pero afirma que pagó el saldo de precio–.
- b) Los *hechos notorios* tampoco necesitan ser probados. Son hechos notorios aquellos cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos de cultura media, en el tiempo y en el lugar en que se dicta la sentencia.
- c) Los *hechos negativos*, se prueban a partir de otros hechos positivos –si afirmo no haber estado en Santa Rosa el día del siniestro, puedo probarlo acreditando que estuve en otro lugar–.

Enumeración de los medios de prueba

El artículo 1190 del C. de Vélez contenía una enumeración de los medios de prueba disponía: “Los contratos se prueban por el modo que dispongan los códigos de procedimientos de las provincias federadas. Por instrumentos públicos. Por instrumentos particulares firmados o no firmados. Por confesión de partes, judicial o extrajudicial. Por juramento judicial. Por presunciones legales o judiciales. Por testigos”.

En ese texto se alude a ‘medios’ y ‘modo’ de prueba. *Medio* es el elemento probatorio –por instrumento público, instrumento privado, instrumento particular no firmado, por testigos, por confesión judicial o extrajudicial, etc.–, y *modo* es el procedimiento a seguir para poner en evidencia el medio– v.gr., el instrumento presentado en juicio debe ser acompañado de una copia para la contraparte, la confesión judicial provocada, también llamada absolución de posiciones, debe ser tomada por el juez, etc.–.

La distinción práctica es que los modos están –por regla– legislados en los códigos de procedimientos que constituyen cuerpos legales de derecho local, con vigencia en cada provincia.

El nuevo CCCU consagra en el artículo 1019, una fórmula amplia y general, que no especifica los medios concretos de prueba y que impone a los jueces la razonabilidad de la sana crítica y sujeción a leyes procesales.

Nuestro Derecho admite los siguientes medios de prueba:

- a) Documental –género–: Los instrumentos públicos y particulares –especie–.

Volveremos luego sobre este punto, por la importancia que cobra en el campo del derecho civil.

- b) Los testigos.

Son testigos, aquellos que sin ser partes en el proceso, declaran sobre hechos de que tienen conocimiento. Son terceros ajenos al acto o hecho jurídico debatido, que pueden afirmar la existencia de un hecho jurídico, porque estuvieron presentes en el acto de su realización –testigos presenciales–, o porque tuvieron conocimiento del mismo –testigos de oídas–.

- c) Las presunciones.

Las presunciones legales hacen que hechos que deberían probarse por quien en ellos funda su derecho, no tengan necesidad de prueba. Pueden ser *iuris tantum* o *iuris et de iure* según admitan o no prueba en contrario.

En materia probatoria, la presunción es el resultado de una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto, se exigen que sean precisas, múltiples y concordantes.

- d) La confesión judicial de parte.

- Es el reconocimiento que uno de los litigantes hace de la verdad de un hecho que produce consecuencias jurídicas en su contra.

- Es una declaración de voluntad, unilateral (no hay de por medio “consentimiento”, no es necesario que la parte a quien favorece la acepte o invoque en su favor, para que el tribunal la considere).
- Produce consecuencias jurídicas en contra del confesante: quien confiesa, no lo hace para mejora su propia situación, sino para beneficiar al otro litigante.
- Es indivisible
- Es irrevocable

e) La inspección personal del juez.

Consiste en la visita que el juez de la causa realiza a la cosa que se litiga o al lugar donde ocurrieron u ocurren los hechos, a fin de cerciorarse personalmente del estado de las cosas o de la efectividad de los hechos que se alegan. Ello tiene lugar en los casos en que la ley lo ordena, como sucede con las querellas posesorias, y además en los casos en que el tribunal lo decreta, si lo estima necesario.

Conforme al artículo 408 del Código de Procedimiento Civil, la inspección personal constituye prueba plena en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el tribunal establezca en el acta como resultado de su propia observación.

f) Informe de peritos.

Es un dictamen elaborado por una persona con conocimientos técnicos especiales, acerca de los hechos que se discuten, designado por el juez o las partes para que informe al tribunal sobre tales hechos. Su informe se llama pericia o peritaje.

4. FORMA DE LOS ACTOS JURÍDICOS. CONCEPTO (artículo 284/288)¹⁰

Ya nos hemos referido más arriba a la palabra forma y sus distintos significados. Básicamente, hemos señalado que existe un sentido amplio, la llamada forma esencial, que refiere a la manifestación del consentimiento y que surge del *in fine* del artículo 260 del CCCU. Esta es la forma como elemento esencial del acto jurídico, sin ella, es decir, sin exteriorización de la voluntad, no hay acto.

¹⁰ La sección referida a la forma del acto jurídico fue redactada en colaboración con Ivana Cajigal Cánepa.

Luego mencionamos también un significado estricto de la palabra forma, como sinónimo de las solemnidades que la ley o las propias partes han impuesto para su celebración.

En nuestro derecho rige el *principio de libertad de formas*, receptado en el artículo 284:

Artículo 284. *Libertad de formas*. Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

En tanto no exista una exigencia legal rige el principio de autonomía de la voluntad. Es consecuencia del principio consensualista del derecho moderno, por el cual las consecuencias jurídicas de las convenciones se producen por la mera expresión de la voluntad de los sujetos, a la que se atribuye fuerza jurídica.

a) Clasificación de los actos por su forma:

I. NO FORMALES o DE FORMA LIBRE: son aquellos que pueden efectuarse bajo cualquier solemnidad, y por tanto las partes pueden requerirla como elemento de validez o prueba.

II. FORMALES o CON FORMA IMPUESTA: son aquellos a los que la ley (artículo 285) o la previsión de las partes (artículo 284 in fine) otorgan validez solo en tanto estén efectuados con la forma especialmente prevista. Los contratos formales se subclasifican, a su vez, en formales de solemnidad absoluta, formales de solemnidad relativa y formales no solemnes o formales para la prueba.

A. FORMALES DE SOLEMNIDAD ABSOLUTA:

- Son los actos formales solemnes. El cumplimiento de la formalidad establecida en la ley es exigida bajo pena de nulidad.
- No opera la conversión: el acto celebrado sin cumplir la formalidad no genera obligación alguna (salvo que se derive alguna obligación natural). Así, el CCC impone a estos actos de un mayor rigorismo, por considerarlos de suma trascendencia para los otorgantes o para los terceros.
- Ejemplos: Donación de inmuebles, de muebles registrables y de prestaciones o vitalicias, artículo 1552. Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos cónyuges

prestado personal y conjuntamente ante autoridad competente, artículo 406.

B. FORMALES DE SOLEMNIDAD RELATIVA: equivalente a los actos formales no solemnes.

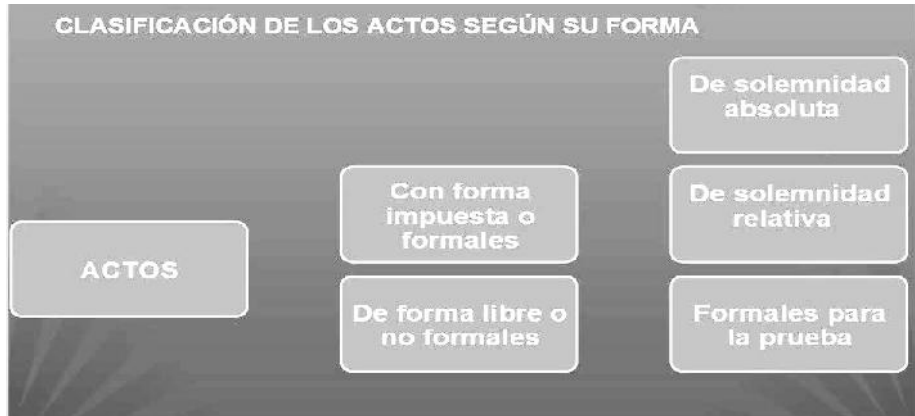
- Se exige determinada formalidad para la producción de los efectos propios del acto, pero la omisión de dicha formalidad no provoca la nulidad del acto.
- El acto que no la observa no queda concluido como tal, pero vale como acto por el cual las partes se han obligado a cumplir con la formalidad exigida (artículo 285).
- Son los actos ‘convertibles’, o sea aquellos que de no cumplirse la formalidad exigida por la ley, el acto valdría como otro negocio jurídico, que impone a las partes elevarlo a la forma requerida (artículo 1018).
- Ejemplos: artículo 1017 sobre la exigencia de escritura pública para determinados actos, como la transmisión de derechos sobre bienes inmuebles y 1188 sobre la exigencia de forma escrita en el contrato de locación de cosa inmueble o mueble registrable.

C. FORMALES NO SOLEMNES O AD PROBATIONEM:

- La formalidad se requiere a los fines probatorios.
- Son los actos que pueden celebrarse con cualquier forma, pero solo pueden probarse por un medio determinado. El incumplimiento de la formalidad nunca ocasiona la nulidad, pero puede tornarlo ineficaz, por no poder acreditarse.
- Como principio general, los contratos que sea usual instrumentar no pueden ser probados exclusivamente por testigos (1019), salvo los supuestos de excepción del artículo 1020 (imposibilidad de obtener la prueba de haberse cumplido la formalidad o cuando existe principio de prueba instrumental o se haya comenzado la ejecución)

En algún caso puede resultar dudoso establecer si determinada forma es exigida para la validez del acto o para su prueba. En tal supuesto –ante la duda– debe estarse porque la forma es probatoria, puesto que su falta de concurrencia ocasiona un perjuicio menor que si fuese forma solemne, en cuya hipótesis su ausencia acarrearía la nulidad del acto.

Imagen 13



Elaboración propia.

Documento e Instrumento

Un documento es un testimonio material de un hecho o acto realizado en el ejercicio de sus funciones por instituciones o personas físicas, jurídicas, públicas o privadas, registrado en una unidad de información en cualquier tipo de soporte –papel, cintas, discos magnéticos, fotografías, etc. – en lengua natural o convencional. Es el testimonio representativo de una actividad humana fijada en un soporte, dando lugar a una fuente archivística, arqueológica, audiovisual, etc.

Cuando el documento representa un hecho o un acto jurídico, nos encontramos frente a un *instrumento*.

b) Instrumento público. Concepto

Llambías (1964) los definía como los instrumentos otorgados con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlos.

Enumeración (artículo 289).

Los instrumentos públicos se encuentran enumerados en el artículo 289

Artículo 289.- *Enunciación:* Son instrumentos públicos:

- a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios;
- b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos establecidos por las leyes;
- c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

De la enumeración surge que se encuentran comprendidos no solamente los instrumentos extendidos por escribanos/as públicos, sino también los que otorgan funcionarios/as públicos con los requisitos de ley y también los títulos.

De este modo podemos observar que la noción de instrumento público es muy amplia y comprende, además de las escrituras y las actas notariales, actas y resoluciones administrativas, informes, certificaciones, documentos de identidad, cédulas de notificaciones, fotocopias certificadas, entre otros.

c) Requisitos (artículo 290)

El artículo consagra los requisitos de validez del instrumento público.

En el primer inciso, se refiere a la necesidad de que el/la oficial público actúe dentro del ámbito de su competencia material, es decir de sus atribuciones. Así, el titular de un registro civil no podrá autorizar un testamento por acto público, ni un escribano podrá expedir un acta de matrimonio.

El inciso b) por su parte, exige la firma del oficial público, de las partes y de sus representantes, de corresponder, así como también la firma a ruego de quienes estuvieron presentes en el acto, pero que no supieran o no pudieran firmar. La ausencia de firma de alguno de los presentes priva al acto de validez para todos.

d) Fuerza probatoria (artículo 296)

El artículo 296 del CCCU comienza afirmando que el instrumento público hace plena fe. El concepto de plena fe hace referencia al valor probatorio del instrumento público, cuya fuerza de convicción es la más alta, en tanto se presumen auténticos, y por ende, su contenido se considera veraz.

La presunción de autenticidad de los instrumentos públicos trae aparejado que quien lo presenta no debe probarla, y a la inversa, quien pretende alegar su falsedad, deberá acreditarlo a través de un procedimiento especial: la redargución de falsedad.

Sin embargo, respecto de la fuerza probatoria del contenido del instrumento público es necesario distinguir entre los hechos cumplidos ante el/la oficial público, las cláusulas dispositivas y las cláusulas enunciativas.

Hechos cumplidos ante el/la oficial público:

El artículo 296 expresa en su inciso a) que el instrumento público hace plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar, y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal.

Respecto de las cláusulas dispositivas, es decir, las manifestaciones de las partes relativas al acto jurídico que se está instrumentando, el inciso b) del artículo 296 afirma que las declaraciones, convenciones, disposiciones pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos relacionados directamente con el objeto principal del acto instrumentado, hacen plena fe hasta que se produzca prueba en contrario. En este caso, la doctrina interpreta que debe considerarse que se trata de una prueba completa, que caerá ante la demostración por cualquier medio de su falta de sinceridad.

Finalmente, las meras enunciaciones vinculadas indirectamente con el objeto del acto jurídico, solo prueban contra quien las emite.

e) Nociones sobre escritura pública (artículo 299)

La escritura pública se encuentra definida en el artículo 299 del CCCU, se trata de una clase especial de instrumento público.

Artículo 299.- *Escritura pública. Definición.* La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz.

Las escrituras públicas tienen entonces los requisitos que surgen de los artículos 300 y 301 del CCCU: a) deben haber sido otorgados por un escribano/a público, notario/a o fedatario/o, que además de poseer título de escribano/o debe ser titular o encontrarse adscrito a un registro; b) debe haberse otorgado en un libro de registro o protocolo, rubricado por el Colegio de Escribanos de la jurisdicción correspondiente en el que constarán las escrituras matrices; c) deben cumplir además con una serie de requisitos formales: ordenarse cronológicamente, otorgarse con intervención personal del escribano quien además debe efectuar la calificación técnica del acto, hacer constar el nombre, la capacidad, el estado civil y el domicilio de las partes, consignar el objeto del acto instrumentado, debe leerse la escritura a las partes, deben salvarse los

errores de escritura y finalmente, deben ser firmados por los otorgantes, el escribano/o y los/las testigos.

f) Instrumento privado: concepto y distinción con los instrumentos particulares no firmados (artículo 287).

Como hemos analizado más arriba al estudiar las distintas formas de manifestación de la voluntad, la expresión escrita puede darse a través de instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados.

Cuando los instrumentos particulares se encuentran firmados, los llamamos *instrumentos privados*.

Los instrumentos privados constituyen la forma más utilizada por las personas a la hora de concretar sus negocios jurídicos, y se caracterizan por la ausencia de intervención de un/una oficial público. Así, los instrumentos privados son otorgados por las mismas partes del acto jurídico, y resultan la expresión práctica del principio de libertad de formas.

Tienen un único requisito de validez: la firma de las partes y un requisito de oponibilidad: la fecha cierta. Los analizaremos a continuación.

g) Firma (artículo 313/315)

La firma está constituida por trazos que constituyen el modo habitual que tiene una persona de escribir su nombre con la finalidad de manifestar la adhesión de su voluntad al texto a cuyo pie la pone.

Artículo 288. *Firma*. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento

No es necesario: 1) que se trate de escribir el prenombre y el apellido completo, 2) que se consigne el prenombre o el apellido, 3) que se trate estrictamente de escritura –letras–. Pueden ser dibujos y hasta trazos.

El artículo 288 la presenta como un medio especial de prueba –prueba de la declaración de voluntad que resulta descripta en el texto es de autoría de quien estampó la grafía–. Si quien la estampó niega su autoría se podrá recurrir a un perito calígrafo.

Si bien se requiere habitualidad, nada obsta a que una persona tome la decisión de cambiar su firma estableciendo un nuevo diseño que comenzará a utilizar en forma constante

La firma es componente inexcusable del instrumento privado y tiene dos funciones: 1) demuestra la voluntad; 2) imputa autoría.

Caracteres de la firma

La firma presenta los siguientes caracteres:

- Es *ológrafo*: escrita de puño y letra del firmante a quienes se imputa –salvo firma digital–.
- Es *manifestación de la individualidad*: debe ser expresión de la individualidad de quien la escribe.
- Es *exclusiva*: constituye una referencia a su individualidad.
- Es *habitual*: debe ser semejante a la cronológicamente anterior de la misma persona. Pero puede cambiarse cuantas veces quiera.
- Es *expresión de la voluntad*: debe ser puesta con la finalidad de expresar voluntad de adhesión al texto. Por eso es que debe ser puesta al pie del instrumento, a fin de demostrar su asentimiento con todo el texto que le precede en el papel y no con el que le sigue.

La firma digital

Cuando los cambios tecnológicos permiten suprimir el papel –y, por tanto, la firma ológrafo)– se requiere de otros medios para establecer la vinculación entre el texto y su autor.

Se recurre a una ‘clave’, a la que se denomina firma por analogía con la ológrafo, ya que su finalidad es atribuir la autoría del documento, aunque no se trate de estampar la grafía habitual en el texto.

La Ley 25506 de Firma Digital en su artículo 2º define a la firma digital como el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose este bajo su absoluto control.

En su artículo 3º, la ley equipara los efectos de la firma digital con la manuscrita u ológrafo.

Existe una diferencia importante entre la firma ológrafo y la firma digital:

1) En el caso de firma ológrafo, frente a la controversia sobre un documento emitido en papel es necesario probar: a) la autoría; y si fuera discutido b) que el documento no ha sufrido alteraciones, es decir que coincide con aquel texto del cual el autor estampó su firma.

En el documento electrónico con firma digital, la utilización de la clave respectiva implicar aplicar al texto la técnica criptográfica mediante

la combinación de dos claves, la privada y la pública, lo que permitirá al receptor comprobar al inalterabilidad del documento.

La impresión digital

El CCCU introduce la impresión digital como sucedánea de la firma en aquellos casos en que la persona no puede firmar.

Artículo 313: *Firma de los instrumentos privados*. Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el documento.

Si bien permite identificar a la persona aún con mayor precisión que la firma, debe tenerse en cuenta que puede estamparse en el documento aún contra la voluntad de la persona, no comprendiendo el acto, estando inconsciente o aún fallecida.

Como consecuencia de ella, no debe asimilarse en cuanto a su valor probatorio el documento firmado, a aquel en que se ha estampado una impresión digital. En el mismo sentido, no debe equipararse la situación de la persona que sabiendo leer se encuentra imposibilitada de firmar, de quien no firma por ser analfabeto.

Es por ello que el artículo 314 limita los efectos de la impresión digital, considerándola principio de prueba por escrito. Por lo tanto, podrá recurrirse a cualquier medio de prueba que se considere conveniente.

Firma a ruego

En los *instrumentos públicos* es la que un tercero coloca en el documento en nombre de la parte y en prueba de su conformidad de todo lo cual de fe el/la oficial público. Parte de la doctrina la considera aplicable también a los instrumentos privados.

La firma en blanco

Es el caso en que una persona entrega a otra un papel firmado en blanco –ya sea total, ya sea parcialmente–, en tanto esta esté ubicada de tal forma que permita que antes de esa firma se escriba un texto. A partir del momento en que dicho texto es completado, el documento produce los efectos propios del documento privado.

Artículo 313, 1º párrafo: *Documento firmado en blanco*. El firmante de un documento en blanco puede impugnar su contenido mediante la prueba de que no responde a sus instrucciones, pero no puede valerle para ello de testigos si no existe principio de prueba por escrito.

El desconocimiento del firmante no debe afectar a terceros de buena fe (...)

En principio el documento firmado en blanco es válido, y se presume que quien lo firmó confirió representación a otro para llenar su contenido. Si el texto que el representante imprimió al documento no es el que había sido acordado, el firmante puede impugnarlo. Sin embargo esa impugnación tiene algunas restricciones:

- La prueba no puede hacerse por testigos salvo principio de prueba por escrito.
- No puede afectar los derechos de terceros de buena fe, por lo que respecto de ellos debe respetarse el documento por aplicación de la teoría de la apariencia. De este modo quien firmó un documento en blanco debe soportar los riesgos de ello.

El reconocimiento de firma

La ley impone la obligación a quienes intervinieron en un instrumento privado, de pronunciarse sobre la firma que se le atribuye, de manera tal que el silencio importa su reconocimiento.

En caso de que alguien niegue su firma, deberá producirse judicialmente una pericia caligráfica para determinar su autenticidad.

El reconocimiento de la firma –sea expreso, tácito o provocado judicialmente– tiene consecuencias relevantes respecto del valor probatorio del instrumento, en la medida en que importa el reconocimiento del cuerpo y contenido del mismo.

El artículo 314 del CCCU, equipara al reconocimiento la certificación de la firma por escribano público.

h) Enmienda (artículo 316)

El artículo 316 del CCCU establece la facultad judicial de evaluar la eficacia probatoria del instrumento privado que contenga alteraciones materiales –raspaduras, enmiendas, entrelíneas– que afecten partes esenciales y que no se encuentren debidamente salvadas con la firma de las partes.

i) Fecha cierta (artículo 317)

La fecha cierta es requisito de oponibilidad, es decir que la eficacia del instrumento frente a terceros, depende de ella.

Artículo 317.- *Fecha cierta*. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.

Como podemos ver, la adquisición de fecha cierta no se produce necesariamente en la fecha que exhibe el instrumentos, sino a partir de otros acontecimientos que produzcan la certeza de que el instrumento privado ya estaba firmado al momento de su producción o no pudo ser firmado después.

El CCCU abandona la enumeración rígida que efectuaba el artículo 1035 del Código de Vélez Sarfield, por una fórmula más amplia. Aun así, la antigua norma es útil a los fines ejemplificativos, y mencionaba los siguientes supuestos de fecha cierta: a) La de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado; b) La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren; c) La de su transcripción en cualquier registro público; d) La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo.

j) Correspondencia (artículo 318)

El artículo 18 de la Constitución Nacional protege especialmente a la correspondencia, como así también lo hacen algunos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En consecuencia, la posibilidad de su utilización como prueba en juicio se encuentra limitada.

Existen diversos criterios en la doctrina respecto de quien resulta propietario de la carta misiva. La posición más extendida en la actualidad atribuye facultades tanto a emisor como a destinatario. Así, si bien el destinatario que recibió la carta es su propietario, quien la redactó conserva el derecho intelectual sobre su contenido (Conf. Rivera y Medina, 2016: 767).

La correspondencia puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin el consentimiento del remitente. Aunque obre en poder del destinatario, para su

difusión se requiere la conformidad del autor intelectual de la correspondencia, es decir, del remitente (...) El carácter confidencial está dado por la naturaleza de la correspondencia, independientemente de cómo las partes puedan titularla. Cuando se trata de terceros que desean utilizar la correspondencia confidencial, deben procurar la conformidad de destinatario y remitente. El caso se asimila a la prueba testimonial, porque se trata de manifestaciones ajenas a las partes del proceso (Herrera et al., 2015 I: 522).

El régimen del CCCU al respecto limita su admisibilidad como medio de prueba, en la medida en que la interceptación de correspondencia o su sustracción es un delito incriminado por el Código Penal. En consecuencia, si quien pretende esgrimir la pieza postal es un tercero, deberá acreditar que la obtuvo por medios lícitos.

Se admite ampliamente, en cambio, que la carta sea esgrimida por su destinatario.

La regulación de la correspondencia ha cobrado trascendencia, desde que se ha hecho extensiva al correo electrónico y otros medios de comunicación epistolar contemporáneos.

k) Valor probatorio de los instrumentos privados (artículo 319)

Si bien el artículo 319 del CCCU refiere al valor probatorio de los instrumentos particulares, la doctrina entiende que se aplica también a los instrumentos privados. Se otorgan amplias facultades judiciales para asignar valor al instrumentos de acuerdo a una serie de pautas que no son excluyentes: “la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen” (artículo 319 CCCU).

En lo referido específicamente a los instrumentos privados, es decir, a aquellos que se encuentran firmados por las partes, es necesario efectuar una serie de aclaraciones.

A diferencia del instrumento público, el instrumento privado no prueba por sí mismo. Para que ello ocurra es necesario que la firma del presunto autor/a se encuentre reconocida.

Una vez reconocida la firma, la fuerza probatoria del instrumento privado es, entre las partes, similar a la del instrumento público. Sin embargo, para su oponibilidad frente a terceros es necesario además que posea fecha cierta.

La presunción de autenticidad del contenido del instrumento privado que se desprende del reconocimiento de la firma, admite prueba en contrario, es una presunción *iuris tantum*. De este modo, en un juicio ordinario se podrá intentar demostrar que el documento ha sido adulterado, falseado o que ha sido firmado en blanco y luego completado en contra de las instrucciones brindadas. Para ello, es necesario que la parte que alega la adulteración, manifieste esta situación en el acto del reconocimiento de su firma, dado que una vez reconocido, no puede ser impugnado (artículo 314 del CCCU).

Establecida la autenticidad de la firma, las reglas en cuanto a la eficacia probatoria son similares a las del instrumento público: a) las enunciaciones de hecho hacen plena fe entre partes, y solo podrán desvirtuarse con acción civil o penal de falsedad; b) las cláusulas dispositivas y las enunciativas, podrán ser desvirtuadas por cualquier prueba en contrario.

5. MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS (artículo 343/357)

Las modalidades de los actos jurídicos son aquellos elementos accidentales que restan plenitud a la obligación principal, sea haciendo insegura su existencia, o limitando su exigibilidad en el tiempo, u obligando a quien resulte titular del derecho al cumplimiento de una prestación accesoria.

Mientras que la condición tiene incidencia sobre la existencia de los efectos, el plazo influye sobre la exigibilidad de estos.

Las obligaciones puras y simples, en cambio, producen sus efectos definitivamente desde su nacimiento.

a) Condición

La condición es el elemento accidental del acto jurídico en virtud del cual se subordina su plena eficacia o su resolución, es decir, la adquisición o la pérdida de un derecho, al acaecimiento de un hecho futuro e incierto (artículo 343 CCCU).

Por extensión se llama también condición al acontecimiento del que depende el efecto jurídico previsto.

Para configurar una condición el acontecimiento debe ser: a) incierto (puede o no llegar); b) futuro (asegura la incertidumbre objetiva de la condición); c) incoercible (insusceptible de compulsión por medio de

una acción judicial). La incertidumbre permite distinguir la condición del plazo, y la incoercibilidad lo diferencia del cargo.

Existen diversos criterios para clasificar las condiciones.

1. Condición suspensiva o resolutoria

La condición es suspensiva cuando supedita la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto. Es resolutoria cuando la condición deja en suspenso la extinción de un derecho ya adquirido.

2. Condición potestativa, casual o mixta

La condición es potestativa cuando su cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad de una de las partes. Es casual cuando se trata de un hecho completamente ajeno a la voluntad de aquellas, como un hecho de la naturaleza. La condición es mixta cuando su cumplimiento depende en parte de la voluntad de las partes pero también de factores extraños.

3. Condición impropia o suposición

Como se dijo más arriba, la condición impropia o suposición es una cláusula según la cual se supedita la adquisición o aniquilación de un derecho a la realización de un hecho que haya sucedido ya, aunque no se tengan noticias, o bien esté ocurriendo en el momento de convenir la mencionada cláusula (...) (Herrera et al., 2015 I: 556-557).

Además, el artículo 344 establece una serie de prohibiciones, a la hora de establecer un hecho como configurativo de una condición. Así, serán nulos los actos sujetos a hechos imposibles, contrarios a la moral, al orden público o prohibido por las leyes. También serán sancionados con nulidad los actos que afecten de modo grave la libertad y la dignidad de las personas. Así, se consideran prohibidas las condiciones vinculadas a la elección del domicilio, del estado civil, de la religión, entre otros.

b) Plazo

El plazo es la modalidad del acto jurídico en virtud del que se sujeta la exigibilidad de los efectos o su aniquilación al acaecimiento de un hecho futuro y cierto, que ocurrirá fatal y necesariamente.

El plazo puede ser: a) suspensivo o resolutorio; b) determinado o indeterminado; c) cierto o incierto; d) esencial y no esencial; e) expreso o tácito; y f) según su origen, puede clasificarse en voluntario, legal o judicial:

a. según si persigue el diferimiento en el tiempo del ejercicio de las facultades que incumben al titular de un derecho, o bien la caducidad o extinción de este, el plazo se clasifica en *suspensivo* o *resolutorio*;

b. el plazo *determinado* es aquel que ha sido fiado por las partes, por la ley o por el juez; en cambio, es *indeterminado* el que no fue establecido de manera precisa. Su determinación se logra por distintas vías. Una de ellas es ponderando la naturaleza o circunstancias de la obligación. En otros supuestos, será necesario solicitar al juez que lo fije;

c. si se toma en consideración la precisión de la fecha en que debe vencer el plazo, se lo clasifica en *cierto* o *incierto*. El primero es cuando se conoce de antemano y con precisión el momento en que se producirá el vencimiento. Así, un cheque a 90 días o el plazo para pagar una deuda que vence el día 5 de cada mes. En cambio, el plazo es incierto cuando el vencimiento se ha fiado en consideración a un hecho futuro y necesario que al momento de celebrarse el acto se ignora en qué momento ocurrirá. Por ejemplo, la obligación de levantar un mausoleo el día en que muera determinada persona;

d. el plazo es *esencial* cuando el cumplimiento de la prestación comprometida solo es útil en el tiempo designado. Si no se cumple en término, acarreará el incumplimiento definitivo. Es *no esencial*, en cambio, cuando pese al vencimiento, el cumplimiento continúa siendo de utilidad para el acreedor o para el sujeto interesado. En materia obligacional esta clasificación es valiosa a la hora de analizar la diferencia entre mora e incumplimiento definitivo;

e. el plazo es *expreso* cuando su existencia surge de manera explícita e inequívoca del negocio jurídico. En cambio, es *tácito* cuando surge implícitamente de la naturaleza y circunstancias del acto o de la obligación;

f. según su origen, el plazo es *voluntario* cuando lo han fiado las partes, por ejemplo, cuando han establecido que la entrega debe realizarse tal o cual día. Es *legal* cuando es la propia ley la que lo establece. Por ejemplo, el plazo para cumplir en caso de pacto comisorio implícito. Será, finalmente, *judicial* cuando lo concede el magistrado en los casos que la ley le hubiere conferido esa potestad (Herrera et al., 2015 I: 566).

A diferencia del Código de Vélez que consideraba al plazo establecido en favor de ambas partes, el CCCU lo presume fijado en beneficio del deudor. Sin embargo, el artículo 351 prevé la posibilidad de que de acuerdo a las circunstancias del caso o la naturaleza de la obligación se lo considere establecido en favor de ambas partes o del acreedor.

De todos modos, el pago efectuado antes del plazo, no da derecho a repetición por parte de quien ha pagado, conforme surge del artículo 352.

Asimismo, el artículo 353 del CCCU prevé diversos supuestos de caducidad del plazo, lo que implica considerarlo cumplido y anticipar los efectos de su vencimiento. Ello ocurre frente a la declaración de quiebra,

la disminución de las garantías de cumplimiento de la obligación o la ausencia de constitución de las prometidas.

c) Cargo

El cargo o modo es una obligación accesoria al adquirente de un derecho, que opera fundamentalmente en las liberalidades (contrato de donación y legados).

En principio, su incumplimiento no impide ni extingue los efectos propios o normales del acto, excepto que se lo haya establecido como condición, en cuyo caso se aplicarán las reglas del referido instituto.

Es así que clasificamos el cargo en:

- a. *Cargo simple*: solo da lugar a acción judicial para exigir su cumplimiento.
- b. *Cargo condicional suspensivo*: el inicio de los efectos del acto se subordina a su ejecución.
- c. *Cargo condicional resolutorio*: la extinción de los efectos del acto se subordina a su ejecución.

d) Efectos

Tradicionalmente se han distinguido los efectos de la condición y del plazo, diciendo que mientras los efectos de la condición operan retroactivamente (*ex tunc*), los del plazo lo hacen hacia el futuro (*ex nunc*).

Sin embargo, no es esta la solución que adopta el CCCU en su artículo 346, donde establece como regla que la condición no opera retroactivamente salvo pacto en contrario. Si bien esta solución es bienvenida a los fines de la condición suspensiva, ha sido criticada en lo referido a la condición resolutoria, ya que, de no operar retroactivamente, no se produciría el efecto buscado que es la extinción de los derechos adquiridos y la consiguiente obligación de restitución de lo entregado.

Referencias

- Buteler Cáceres, J. A., (1987). *Manual de Derecho Civil Parte General*. Córdoba: Advocatus.
- Herrera, M., Caramelo G. y Piscasso, S. (Dir). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, H. y Kemmelmarjer de Carlucci, A. (2012) *Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado desde: www.nuevocodigocivil.com.ar

Rivera, J.C. y Medina, G. (Dir.) (2016). *Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Rivera, J.C. y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I.

Actividades

1. Definición de hecho jurídico y su clasificación.
2. Definición y elementos del hecho voluntario. ¿Cuándo se considera que el hecho es involuntario? Explicar causas obstativas del discernimiento, la intención y la libertad.
3. Definición de acto jurídico. Distinción con el simple acto voluntario.
4. ¿Entre hecho y acto jurídico hay una relación de género-especie? Fundamentar.
5. Elementos del acto jurídico. Sujeto (distinción entre parte y otorgante). Objeto (explicación del artículo 279). Causa (distinción entre causa fin y motivos).
6. La forma del acto jurídico. Forma esencial (o en sentido amplio). Forma impuesta (o en sentido estricto). Distinción.
7. Clasificación de los actos según su forma.
8. Elaborar un cuadro comparativo entre instrumentos públicos, privados y particulares no firmados en cuanto a sus requisitos y valor probatorio.
9. Distinción entre condición, plazo y cargo.

**Teoría General de las Ineficacias.
Influencia del Tiempo en las
Relaciones Jurídicas**

*Lucía Carolina Colombato
Rolando Fabián Rodríguez*

1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

a) Categorías (artículo 382)

Para poder explicar la ineficacia del acto jurídico, y las diferentes categorías involucradas en ella, es necesario partir de la noción de eficacia, que nos lleva a su vez al concepto mismo de negocio o acto jurídico.

En efecto, hemos señalado que la característica basal del negocio o acto jurídico es la finalidad inmediata de producir efectos jurídicos –el nacimiento, la modificación y la extinción de situaciones o relaciones jurídicas–. Entonces, la eficacia ocurre cuando el acto logra alcanzar y mantener los efectos buscados y queridos por las partes (Rivera y Medina, 2014 I: 850).

En consecuencia, un acto es ineficaz cuando existe una privación o disminución de los efectos propios del acto. Ahora bien, no hay que pensar que el acto ineficaz no produce efecto jurídico alguno: no producirá los efectos queridos por las partes, es decir, aquellos tenidos en miras como finalidad inmediata, pero podrá generar otros que le atribuya el ordenamiento jurídico con independencia de la voluntad de las partes, como por ejemplo, una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al contratante que no provocó la nulidad.

La noción de ineficacia es entonces, amplia, e involucra no solo a la nulidad que es una de sus especies, sino otros supuestos que se engloban en lo que la doctrina ha llamado ‘teoría general de la ineficacia jurídica’.

El CCCU aborda la ineficacia como género y distingue en el artículo 382 dos especies: la nulidad y la inoponibilidad. Sin embargo, si la norma pretendía enunciar todos los supuestos de negocios ineficaces previstos en el Código ha resultado absolutamente insuficiente, como veremos al abordar las ineficacias funcionales.

Nulidad, invalidez e ineficacia: distinciones

Como se deduce de la descripción que hemos hecho en los párrafos anteriores, la ineficacia es una categoría más amplia que la de invalidez. Un acto será inválido cuando no reúna los requisitos exigidos por ley. La consecuencia de ello es que el negocio será privado de sus efectos propios mediante una sanción de nulidad, lo que lo tornará ineficaz.

Los requisitos de validez del acto jurídico refieren a sus elementos esenciales. Además de tener un objeto y una causa lícita, y de haber sido otorgada de acuerdo a la forma exigida por ley, es necesario que la declaración de voluntad que lo configura no se encuentre viciada (error, dolo o violencia), que haya sido emitida por un sujeto capaz y que no se presenten vicios propios del acto (simulación y lesión). En coincidencia con Rivera y Medina (2014 I: 850), excluimos el vicio de fraude, dado que da lugar a la inoponibilidad y no a la nulidad del acto.

Sin embargo, la ineficacia comprende además algunos supuestos en los que el acto, aún válido, por razones sobrevinientes a su génesis, se ve impedido o deja de producir sus efectos propios. Esta distinción da lugar a la clasificación que desarrollaremos a continuación.

Categorías de ineficacia

En la *ineficacia estructural*, la privación de los efectos propios de un acto jurídico se produce por defectos estructurales (se encuentran dentro del negocio) y originarios (existen desde el momento de su celebración). (...) Al tener defectos o vicios desde su origen y en su estructura, el acto es inválido y por serlo, podrá ser declarado ineficaz. El típico supuesto de ineficacia estructural es la nulidad, en la cual está involucrada la validez del acto jurídico.

En la *ineficacia funcional*, la privación de los efectos propios de un acto jurídico se produce a causa de hechos sobrevinidos a la celebración del negocio y extrínsecos a su estructura. Son supuestos de ineficacia funcional: la rescisión, la revocación, la resolución, en las cuales no está involucrada la validez del acto. El Código los trata como supuestos de extinción, modificación y adecuación del contrato (...).

También sería un supuesto de ineficacia funcional la inoponibilidad, configurando, además, una ineficacia relativa pues el acto queda destituido de sus efectos, sólo en relación a determinadas personas (Rivera y Medina, 2014 I: 851)

b) Conversión (artículo 384)

El CCCU regula la conversión del acto nulo, como vía de solución para su sustentabilidad. Es esta una aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos.

Siguiendo a Abbiati (2014) la conversión supone que un acto, en principio inválido, pueda convertirse en otro cuando de este contenga los requisitos sustanciales y formales (elemento objetivo) y, además, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las partes, sea razonable entender que las partes habrían querido el nuevo acto si hubiesen conocido la nulidad del primero (elemento subjetivo).

Así lo dispone el artículo 384 cuando prescribe que:

Artículo 384.- *Conversión.* El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.

Del texto transcrito resulta que la configuración de la conversión del acto queda sujeta a la concurrencia del elemento subjetivo (Abbiati, 2014).

La conversión es un supuesto de convalidación del negocio jurídico.

Como ejemplo de este instituto podemos mencionar la situación de la compraventa de inmuebles celebrada mediante instrumento privado. Como sabemos, este tipo de actos es formal de solemnidad relativa, habiéndose impuesto la escritura pública como solemnidad obligatoria. Sin embargo, en el artículo 1018 el Código se prevé que el negocio celebrado con una forma insuficiente (instrumento privado) valdrá como causa fuente de la obligación de elevarlo a la forma legal. Se trata de una prestación de hacer, que, de no cumplirse, podrá ser demandada judicialmente (Rivera y Medina, 2014 I: 856). Esta conversión del negocio jurídico opera solo en caso de actos formales no solemnes o formales para la prueba. Si la forma es impuesta como solemnidad absoluta, la conversión no será posible.

2. INEFICACIA FUNCIONAL

Hemos señalado más arriba que la ineficacia funcional resulta de una causa sobreviniente a la celebración del acto. Referiremos a continuación a los principales supuestos comprendidos en esta categoría.

a) Rescisión (artículo 1076)

La vía de extinción natural de las obligaciones es su cumplimiento. Pero es frecuente que en los contratos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, las razones e intereses que llevaron a las partes a otorgar un contrato cambien, y que así como su voluntad dio nacimiento al contrato, esa misma voluntad le ponga fin.

Esta es la situación prevista en el artículo 1076 del CCCU, que prevé:

Artículo 1076.- *Rescisión bilateral*. El contrato puede ser extinguido por rescisión bilateral. Esta extinción, excepto estipulación en contrario, sólo produce efectos para el futuro y no afecta derechos de terceros.

Ubicamos a la rescisión dentro de los supuestos de ineficacia funcional del acto jurídico ya que operada esta causal, el contrato ya no producirá los efectos para los que había sido creado.

La rescisión es un medio de extinción que opera específicamente respecto de los contratos y se caracteriza por el hecho de que sus efectos operan *ex nunc*, es decir hacia el futuro. Ello significa que los efectos producidos durante la vigencia del contrato quedan estables, cesando desde que opera la rescisión en adelante. No habría inconveniente en que las partes acordaran la producción de efectos retroactivos, pero estos no podrán afectar los derechos de terceros.

También es posible en nuestro derecho que la rescisión se produzca por declaración de una de las partes, llamamos a este instituto 'rescisión unilateral'. A diferencia de la rescisión bilateral, que puede ser dispuesta siempre, la rescisión unilateral requiere de una previsión contractual o legal expresa, tal como indica el artículo 1077 del CCCU. Es lo que sucede por ejemplo con la locación urbana para vivienda, que faculta al locatario a rescindir anticipadamente el contrato una vez transcurridos seis meses de su vigencia y previa indemnización (conf. Artículo 1221 inciso a) del CCCU).

b) Resolución (artículo 1083)

La resolución, es un supuesto de ineficacia funcional del acto jurídico que provoca la extinción del contrato durante su etapa de cumplimiento, por causas sobrevinientes a este. Como se trata de una declaración unilateral de voluntad que pondrá fin al contrato, la posibilidad de la resolución depende de la previsión contractual o legal.

Las causales de resolución de un contrato son múltiples, y pueden ser expresas o tácitas. Dentro del primer grupo, habrá resolución cuando se haya previsto una condición resolutoria (artículo 343), un plazo resolutorio (artículo 350 CCCU), o se haya establecido un pacto comisorio expreso para el caso de incumplimiento de una de las partes (artículo 1086).

Para el caso de la condición resolutoria, el CCCU prevé como regla la producción de efectos hacia el futuro, *ex nunc*, aunque autoriza a las partes a pactar su retroactividad. Los restantes supuestos operarán retroactivamente.

En cambio, operará tácitamente, es decir, aún sin previsión de partes, cuando se den las circunstancias previstas por el artículo 1089. Es el caso de la cláusula resolutoria implícita, a la que la doctrina ha llamado pacto comisorio tácito.

La cláusula resolutoria implícita opera supletoriamente y en ausencia de previsión de partes, frente al incumplimiento contractual de una de ellas.

Según lo establecido en el artículo 1088 CCCU, la resolución por cláusula resolutoria implícita exige:

- a. un incumplimiento de carácter esencial que, en caso de ser parcial, prive sustancialmente a la parte que lo invoca de lo que tenía derecho a esperar en razón del contrato, según el principio de la buena fe (...);
- b. que el deudor esté en mora. Si ambas partes están en mora, en principio no procede la resolución, salvo que la mora de una de ellas sea irrelevante;
- c. que el acreedor emplace al deudor bajo apercibimiento de resolución total o parcial, en los términos indicados en el apartado c) (...) (Herrera et al., 2015 III: 485).

Ello significa que la cláusula resolutoria implícita exige del acreedor el cumplimiento de un procedimiento previo tendiente a evitar la ineficacia del acto, que consiste básicamente en la intimación previa al deudor, para que cumpla la obligación dentro de un plazo de 15 días. Esa intimación deberá efectuarse a través de un medio fehaciente (carta documento o telegrama colacionado).

Profundizaremos sobre este tema al desarrollar la Lección IX.

c) Revocación (artículo 1569 y 2511)

La revocación también pone fin al acto jurídico o al contrato por declaración unilateral de voluntad, produciendo sus efectos a partir de

su ejercicio, de manera tal que los producidos antes quedan estables (artículo 1079 del CCCU).

Son casos de revocación previstos en este Código en materia de contratos: el de la donación, cuando es planteada por incumplimiento del cargo o por ingratitud, y la que deja sin efecto el contrato por verificarse supernascencia de hijos (artículo 1569 CCyC) o la derivada del cambio de objeto de una fundación, cuando se estableció la revocación de la donación de los bienes aportados en caso de producirse dicho cambio (artículo 218 CCyC); el supuesto de extinción del mandato por revocación del mandante (artículo 1329, inc. c, CCyC) y, en el fideicomiso, la revocación por el fiduciante que se reservó expresamente esa facultad, en tanto no se trate de un fideicomiso financiero en el que se inició la oferta pública de los certificados de participación o de los títulos (artículo 1697 CCyC) (Herrera et al., 2015 III: 473).

Dentro del ámbito de los contratos de consumo, el artículo 1110 del CCCU establece el derecho irrenunciable de los consumidores a revocar la aceptación por la que concluyeron en principio contratos celebrados fuera de los establecimientos de los proveedores. Este derecho de retracción incausada se fundamenta en el hecho de que en esta modalidad el consumidor no ha tenido la oportunidad de revisar el objeto antes de decidir su adquisición.

También se prevé en el CCCU la revocabilidad del testamento por voluntad del testador. Esta facultad es irrenunciable e inextinguible y el acto no confiere a los instituidos derecho alguno hasta la apertura de la sucesión, de acuerdo a lo previsto por el artículo 2511 del CCCU.

d) Frustración de la finalidad (artículo 1090)

El CCCU incorpora la frustración de la causa fin como causal de ineficacia funcional del contrato en el artículo 1090, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1090.- *Frustración de la finalidad.* La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

Como podemos observar, es necesario que se haya malogrado la finalidad perseguida por las partes, privando al acto de la causa como elemento esencial.

Los presupuestos necesarios para que opere la resolución por frustración de la finalidad son:

- a. La existencia de un contrato válido vigente al momento del planteo.
- b. Que se trate de un contrato causado, cuya causa fin o motivo se encuentre objetivada en el contrato.
- c. Que se produzca hecho sobreviniente, inesperado, grave, ajeno a las partes, que impida la concreción de esa finalidad de modo permanente y no meramente temporal y supere el riesgo asumido por la parte afectada.
- d. Ausencia de mora, culpa o dolo por quien invoca la causal, que además debe ser introducida por la parte afectada.

e) Teoría de la Imprevisión (artículo 1091)

El caso de la imprevisión contractual refiere a los supuestos en que las prestaciones asumidas en un contrato oneroso y bilateral de ejecución diferida o permanente se tornan excesivamente onerosas para un o ambas partes por circunstancias ajenas a estas. Es así que el ámbito de aplicación de este instituto excluye a los contratos de ejecución instantánea, a los gratuitos y a los aleatorios cuando la excesiva onerosidad esté dentro del riesgo normal del contrato.

Para que pueda aplicarse la imprevisión a una situación de alteración de la relación de onerosidad de un contrato, se requiere:

1. una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración;
2. que esa alteración sea sobreviniente al nacimiento del vínculo contractual, en el que deben subsistir obligaciones pendientes de cumplimiento al tiempo del planteo;
3. que sea ajena a la parte afectada, quien no debe haberla provocada por su dolo o culpa ni debe, en razón de su mora relevante, haber privado a la contraria de la oportunidad de adoptar medidas de seguridad o de resguardo idóneas;
4. que genere una excesiva onerosidad sobreviniente que afecte el cumplimiento de las obligaciones a cargo de, al menos, una de las partes; y
5. que el hecho sea ajeno al riesgo asumido por la afectada, quien puede haber renunciado a la invocación de la teoría en forma general

o particularizada para determinados supuestos (ver comentario al artículo 13 CCyC), lo que puede admitirse solo en contratos negociados en forma paritaria y no en contratos de consumo, cuando se impone la renuncia al consumidor, en razón de lo establecido en el artículo 1117 CCyC (Herrera et al., 2015 III: 490).

La parte afectada tiene la opción de reclamar la readecuación de las prestaciones, en cuyo caso el acto jurídico producirá sus efectos, o bien la resolución, que es el supuesto en que la imprevisión opera como supuesto de ineficacia funcional.

3. INEFICACIA ESTRUCTURAL: NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO

a) Concepto y caracteres.

La nulidad es una sanción legal que priva a un acto jurídico de sus efectos propios, con efecto retroactivo y frente a todos (partes y terceros), por adolecer de defectos originarios, estructurales y esenciales a través de un proceso de impugnación y declaración.

De esta definición se deducen los siguientes caracteres, conforme señalan Rivera y Medina (2014 I: 851)

- La nulidad es una sanción.
- La sanción de nulidad solo puede ser establecida por Ley.
- Solo el acto jurídico puede ser calificado de nulo.
- Solo priva al acto de sus efectos propios pero no impide la producción de otros efectos que establece la ley (impropios)
- Los defectos que la originan son originarios y estructurales.
- La nulidad no es automática. Es necesario impugnar el acto y obtener su declaración judicial

Articulación (artículo 383)

El artículo 383 del CCCU establece que la nulidad puede ser articulada como acción, como excepción y como defensa.

La articulación como acción supone el caso de que la persona afectada por la nulidad o que encuentre legitimada para invocarla pone en marcha el procedimiento para su declaración, sea antes de la ejecución del acto para impedir la producción de sus efectos, sea después para dar

lugar a la restitución y a las eventuales indemnizaciones que pudieran corresponder.

La articulación como excepción o como defensa, se orienta a posibilitar que el accionado en virtud de un acto nulo obtenga el rechazo de la demanda en su contra como consecuencia de los defectos de los que adolece el acto.

b) Clasificación de las nulidades

El CCCU ha eliminado algunas de las categorías que clasificaban a las nulidades en el Código Vélez Sarfield. En particular, la que distinguía las nulidades expresas y las virtuales y la que lo hacía con la nulidad de acto nulo y la nulidad de acto anulable¹¹. Quedan vigentes entonces las clasificaciones que distinguen entre la nulidad absoluta y la relativa; y la que diferencia la nulidad total de la parcial.

Nulidad absoluta y relativa (artículo 386/388).

El interés protegido es el criterio que fundamenta la distinción entre nulidades absolutas y relativas. Ello se deduce de la definición que propone el artículo 386 del CCCU:

Artículo 386.- *Criterio de distinción.* Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.

De la norma en juego surge, en consecuencia, que la nulidad absoluta protege el interés colectivo sancionando aquellos actos que contravienen el orden público, la moral y las buenas costumbres, mientras que la nulidad relativa está llamada a proteger un interés individual.

Sin embargo, es necesario señalar que la redacción que ofrece el artículo es confusa, dado que existen supuestos en los que se contraviene

11 Excede el propósito de esta obra el desarrollo de nuestra posición al respecto. Sin embargo, adelantamos que entendemos que ambas clasificaciones continúan vigentes por estarlo las causas que les dieron origen. Así, aun cuando la sanción no se encuentre expresa en el texto de la ley, procederá la declaración cuando exista un acto contrario a la misma para el que no se hubiera establecido sanción (arg. Conf. Artículo 12 CCCU). Siguiendo a Abbiati (2014) “Acto nulo es aquel en el que constatada la existencia del vicio que padece, por la naturaleza de éste, resulta manifiesta la procedencia, sin más, de la declaración de nulidad prevista por la norma. Acto anulable, a su vez, es aquel que por la naturaleza del vicio que padece, aún constatada su existencia, no resulta manifiesta la aplicación de la sanción de nulidad por encontrarse sujeta su procedencia a una evaluación de la entidad invalidante del vicio”. Siguiendo este criterio de distinción es posible encontrar casos de nulidad de acto nulo en el artículo 44 del actual CCCU y de nulidad de acto anulable en el artículo 45 del mismo ordenamiento, entre otros ejemplos.

el orden público, pero hay nulidad relativa, por ejemplo, cuando se ha violado una norma referida a la capacidad jurídica de las personas, ya que no se compromete el interés general sino particular. En el mismo sentido, existen supuestos en que se contraviene la moral, pero la afectación no es colectiva, como cuando se ha celebrado un acto mediando vicio de dolo. En estos supuestos, aun existiendo vulneración de normas de orden público o mediando contradicción con la moral pública, habrá nulidad relativa porque el orden público y la moral pública comprometidos no tienen incidencia colectiva. En contraposición, la nulidad absoluta tendrá lugar cuando el vicio afecte un interés colectivo de la sociedad.

La clasificación tiene a su vez trascendentes consecuencias prácticas.

De acuerdo a las previsiones artículo 387, la declaración de nulidad absoluta puede ser solicitada por el Ministerio Público y por cualquier interesado y declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando sea manifiesta al momento de dictar sentencia. La acción para su declaración es imprescriptible y no puede sanearse por la confirmación del acto.

La nulidad relativa, en cambio, requiere el impulso de la parte en cuyo beneficio se establece, aunque puede solicitar su declaración la parte contraria, siempre que sea de buena fe y experimente un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto, y por la prescripción de la acción, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 388.

Nulidad total y parcial (artículo 389)

La distinción entre nulidades totales y parciales se fundamenta en la extensión de la sanción. Cuando el vicio resulte permeable a todo el acto jurídico, la nulidad será total y todo el acto resultará ineficaz. Cuando afecte solo a la cláusula o disposición viciada, la nulidad será parcial y la ineficacia se extenderá solo a la cláusula o disposición en cuestión.

Para determinar en qué casos la nulidad de una disposición se extenderá o no a todo el acto jurídico el artículo 389 establece como criterio la ‘separabilidad’ de las disposiciones. Así, se ha admitido la separabilidad de las disposiciones testamentarias, entendiéndose que la nulidad de un legado o una institución de heredero, no afecte al resto del testamento.

En materia contractual las nulidades parciales se han interpretado restrictivamente, al entenderse que la voluntad negocial se extiende a todo el contrato, en tanto las cláusulas configuran un entramado de obligaciones recíprocas que se destruiría al eliminar uno de sus elementos.

Como solución para la sustentabilidad del acto afectado de nulidad parcial, el último párrafo del artículo 389 prevé su integración por el/ la juzgador/a. La integración deberá efectuarse teniendo en cuenta la

naturaleza y los intereses que razonablemente puedan haber perseguido las partes al celebrarlo.

c) Efectos entre las partes y con respecto a terceros

El CCCU establece como principio general el efecto retroactivo de la sentencia declarativa de la nulidad de los actos jurídicos. Como consecuencia de dicha retroactividad, los efectos de la sentencia se proyectan hacia el pasado, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes del acto, y obligando a las partes a la restitución de lo que mutuamente hubieran recibido.

De este modo, la sanción de nulidad priva al acto de sus efectos propios, pero no le quita todo efecto, ya que subsiste como hecho jurídico que constituye a su vez la causa de la obligación de restituir y de las reparaciones que corresponden.

Al analizar los efectos de la sentencia de nulidad entre las partes, es necesario distinguir si el acto se ha ejecutado o no. Cuando el acto no se ha ejecutado, la declaración de nulidad impide exigir su cumplimiento. Cuando el acto se ha ejecutado, total o parcialmente, nace la obligación de restitución.

El principio general del artículo 390 es una regla general, sujeta a excepciones, en particular las previstas para proteger a los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso de derechos reales o personales sobre un inmueble o mueble registrable (artículo 392).

No podrán invocar esta excepción los terceros que hayan resultado adquirentes como consecuencia de transmisiones *a non domino*, es decir, aquellas en que no ha participado el verdadero propietario, como cuando existe un documento falso o complicidad del escribano.

d) Confirmación (artículo 393)

La confirmación es una especie de convalidación del acto jurídico, que opera frente a actos viciados de nulidad relativa, es decir que han afectado intereses particulares de acuerdo al criterio de distinción que hemos estudiado. Se encuentra prevista en el artículo 393, que dice:

Artículo 393.- *Requisitos.* Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener el acto por válido después de haber desaparecido la causa de nulidad. El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte.

Del texto se deduce que, como requisitos de procedencia de la confirmación es necesario que el sujeto se encuentre facultado para confirmar, lo que deriva de su legitimación para articular la nulidad relativa; se requiere también que el acto de confirmación sea a su vez válido y, finalmente, es imprescindible que la nulidad haya desaparecido.

A su vez, el artículo 394 establece los requisitos de forma, para llevar a cabo la confirmación:

- Debe reunirse la forma requerida para el acto que pretende sanearse;
- Debe hacerse constar la causa de la nulidad y su desaparición;
- Debe manifestarse la voluntad de confirmar el acto.

La confirmación puede operar de manera tácita, cuando medie cumplimiento total parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto, tal como lo prevé el último párrafo del artículo 394 del CCCU.

e) Inoponibilidad (artículo 396)

Como hemos señalado antes, al establecer las distintas categorías de ineficacia del acto jurídico, el artículo 382 mencionaba a la nulidad y la inoponibilidad.

La inoponibilidad es un supuesto de ineficacia establecido por la ley, que priva a un negocio válido y eficaz entre las partes, de sus efectos respecto de determinados terceros a quienes la ley dirige su protección, permitiéndoles ignorar la existencia del negocio e impidiendo a las partes del mismo ejercitar pretensiones jurídicas dirigidas contra un tercero (Rivera y Medina, 2015: 853).

4. VICIOS DE LA VOLUNTAD Y VICIOS LESIVOS DE LA BUENA FE

a) Vicios de la voluntad

Los vicios de los actos voluntarios, son defectos que inciden sobre la intención y la libertad, que, como hemos visto, son elementos sustanciales internos de la voluntariedad.

Si bien el discernimiento es también un elemento interno del acto voluntario, la ausencia o falta de discernimiento no es considerada un vicio,

ya que no resulta contingente, sino que refiere a una circunstancia inherente al sujeto (inmadurez, privación accidental o permanente de la razón).

De este modo, podemos afirmar que el error y el dolo vician la intención, mientras que la violencia, sea física o moral, vicia la libertad (Rivera y Medina, 2016: 778).

Error (artículo 265/270)

Se entiende por ‘error’ el falso conocimiento de la realidad de las cosas. Es un vicio de la voluntad que afecta la intención del sujeto, como elemento interno del acto voluntario; de no haber tenido un falso conocimiento de las cosas, la persona jamás hubiera celebrado el acto. Puede recaer sobre algún elemento de hecho, contenido o presupuesto del acto; en tal caso se tratará de error de hecho. En cambio, el error de derecho es el que recae sobre el alcance, la existencia o la vigencia de las normas jurídicas (Herrera et al., 2015 I: 444).

El error puede ser ‘de hecho’ o ‘de derecho’. El error de hecho involucra un falso conocimiento o una falta de conocimiento –ignorancia– de la realidad. El error de derecho, en cambio, recae sobre la vigencia, la existencia o los alcances de las normas jurídicas involucradas. En principio, el error de derecho, o la ignorancia de las leyes, no resulta invocable para petitionar la nulidad del acto, como consecuencia del principio de inexcusabilidad previsto en el artículo 8 del CCCU.

En lo que refiere al error de hecho, del artículo 265 del CCCU, surgen los requisitos de configuración del vicio, porque no todo error causa la nulidad del acto. Para que ello ocurra, es necesario que el error haya sido esencial, determinante del acto y reconocible para el otro contratante.

La verificación o no de estos requisitos, nos permite distinguir entre el ‘error esencial’ y el ‘error accidental’. El error es esencial cuando ha sido determinante del acto, y además ha recaído sobre alguno de los aspectos que enumera el artículo 267 del CCCU.

Artículo 267.- *Supuestos de error esencial.* El error de hecho es esencial cuando recae sobre:

- a. la naturaleza del acto;
- b. un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida;
- c. la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso;

d. los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente;

e. la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración.

De acuerdo al artículo 266 “el error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar”. De acuerdo a Rivera y Medina (2014 I: 614), “se trata de una sistema plenamente consecuente con el principio de buena fe ya que, en definitiva, se exige que ambas partes sean diligentes y leales la una con la otra.

El error accidental en cambio, no apareja la nulidad del acto.

El artículo 268 del CCCU, prevé además al error de cálculo como un supuesto de error no esencial, que no da lugar a la declaración de nulidad, sino solo a su rectificación, excepto que haya sido determinante del consentimiento.

Finalmente, el artículo 270 prevé la aplicación de las normas anteriores al error en la declaración, que se produce al emitir la declaración de voluntad, o al transmitirla.

Dolo (artículo 271/275)

El dolo es un vicio de la voluntad que incide sobre la intención. Doctrinariamente, se lo vincula al error, señalando que el dolo es el error provocado, que resulta del engaño llevado a cabo por otro.

La característica del dolo como vicio de la voluntad radica en el engaño que se emplea para lograr que otro celebre un acto jurídico. El ardid, la astucia y la maquinación deben ser idóneos para configurar una maniobra ilícita que determine la voluntad de otra persona, llevándola a realizar un acto jurídico que de otro modo no hubiera celebrado.

El CCyC incorpora expresamente la omisión dolosa como parte de las maniobras para configurar el dolo como vicio de la voluntad, en la medida –claro está– que constituya la causa determinante del acto. La omisión dolosa implica guardar silencio cuando se advierte que la otra parte se encuentra equivocada o incurre en error respecto de algún elemento esencial del contrato que es determinante de su consentimiento (Herrera et al., 2015 I: 454).

Al igual que en el caso del error, no cualquier dolo apareja la nulidad del acto. Es necesario que la acción u omisión dolosa (que se encuentra caracterizada en el artículo 271 del CCCU), haya provocado un dolo esencial.

Para que el dolo pueda calificarse como esencial es necesario que reúna los cuatro requisitos previstos en el artículo 272:

- Debe ser grave, es decir, de suficiente entidad como para generar el error en una persona diligente y prevenida.
- Debe ser determinante del acto, lo que implica que, de no haberse producido la maniobra, el acto no se hubiera celebrado.
- Debe ocasionar un daño importante, si no hay perjuicio o este es mínimo, no acarreará la nulificación del acto.
- Finalmente, no debe haber dolo recíproco, ya que el ordenamiento no premiará la mala fe.

Cuando no se verifican estas características, nos encontramos frente a un dolo incidental (artículo 273), que, al no resultar determinante de la voluntad, no afecta la validez del acto. Sin embargo, tanto en el dolo esencial como en el incidental, se podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados (artículo 275).

Es importante señalar que el autor del daño puede ser una de las partes o un tercero (artículo 274).

Violencia (artículo 276/278)

La violencia es un vicio de la voluntad que afecta al elemento libertad del acto voluntario. En este caso la libertad refiere a la facultad de autodeterminarse, es decir, la de tomar decisiones en el mundo jurídico sin coacción externa.

La violencia como vicio de la voluntad puede darse de dos modos: como fuerza irresistible -refiere a la fuerza física- o como amenazas o intimidación.

Los casos de aplicación de la violencia física o fuerza irresistible como vicio son menos frecuentes, porque debe tratarse de un constreñimiento corporal que la víctima no puede vencer.

La intimidación o violencia moral, en cambio, implica un grave condicionamiento a la libertad del sujeto, que, enfrentado a dos males, elige el menor.

La configuración de la intimidación está sujeta a una serie de requisitos surge del artículo 276 del CCCU:

Las amenazas deben haberse exteriorizado, expresa o tácitamente, deben ser concretas y además realizables.

Las amenazas deben provocar un temor fundado de sufrir un mal grave o inminente que no puede ser contrarrestado por el sujeto. No hay tiempo, o posibilidad de acudir al auxilio de las autoridades públicas.

Las amenazas deben recaer sobre la persona o bienes de la víctima o un tercero.

Las amenazas deben haber sido determinantes del acto.

Las amenazas deben ser relevantes, considerando la situación del amenazado y las circunstancias del caso.

El artículo 277 prevé que el autor de la fuerza irresistible o de las amenazas puede ser el contratante o un tercero. Asimismo, tanto quien efectivamente lleve adelante la fuerza o la intimidación, como el contratante que resultare beneficiado de ello, responderán solidariamente por los daños ocasionados (artículo 278).

b) Vicios lesivos de la buena fe

A diferencia de los vicios de la voluntad, que afectan el carácter voluntario del acto jurídico, los vicios o defectos que estudiaremos a continuación, afectan el principio cardinal de buena fe. Parte de la doctrina los denomina también vicios propios del acto jurídico, ya que solo pueden darse en esta categoría especial de actos.

Como consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico prevé diferentes acciones que tendrán por objeto obtener la declaración de nulidad del acto, el reajuste equitativo de las prestaciones, o la declaración de inoponibilidad del acto frente a determinados terceros.

Nos referimos a los vicios de lesión subjetiva, simulación y lesión.

Lesión subjetiva (artículo 332)

Rivera y Medina (2014 I: 755), definen a la lesión subjetiva como el defecto propio del acto jurídico, originada en el aprovechamiento por una de las partes del estado de inferioridad de la otra, que le reporta una ventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación.

No hay aquí un vicio de la voluntad, ya que el acto se realiza con discernimiento, intención y libertad. Sin embargo existe una anomalía en el negocio que se origina en la explotación de un estado de inferioridad en el que se encuentra la víctima.

De este modo, el campo de aplicación de este vicio está referido a los contratos onerosos y conmutativos.

Para que el vicio de lesión se configure, es necesario que se verifiquen dos elementos subjetivos y un elemento objetivo.

Los elementos subjetivos refieren en un caso a la víctima y en el otro en el autor de la lesión.

Así, es necesario que la víctima se encuentre en un estado de inferioridad, que está dado por una necesidad, una debilidad síquica o su inexperiencia, que deben llevarla a realizar el negocio sin la debida previsión o reflexión sobre su contenido o alcances.

Al mismo tiempo, el/la lesionante debe explotar o aprovecharse de ese estado de inferioridad, para obtener así un beneficio desproporcionado y sin justificación.

El elemento objetivo está dado por la notable desproporción de las prestaciones. No cualquier ventaja patrimonial configura el vicio de lesión, es necesario que resulte evidentemente desproporcionada y que no exista justificación para ello.

En lo referido a la prueba de la lesión, el segundo párrafo del artículo 332 establece una presunción *iuris tantum*: en los casos en que exista una notable desproporción de las prestaciones la explotación se presume. Ello implica la inversión de la carga de la prueba, será el demandado quien deberá acreditar que el desequilibrio se encontraba justificado, por ejemplo, por la intención de realizar una liberalidad. Es necesario además, que la desproporción exista tanto al momento de la celebración del negocio jurídico, como al tiempo de promoverse la demanda.

A diferencia de lo que ocurre con la simulación, la víctima de la lesión subjetiva puede optar entre dos acciones: la de nulidad, o la de reajuste equitativo del convenio.

A su vez, el demandado por nulidad puede ofrecer la transformación de la acción en la de reajuste al momento de contestar la demanda.

Esta solución es una aplicación del principio de conservación del acto, que rige en materia de nulidades.

En el mismo sentido, solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer las acciones por lesión. No es posible que los acreedores se subroguen, o que la ejerza el síndico en la quiebra.

La acción prescribe en el término de dos años, a contar desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida (artículo 2563 inc. 3).

Simulación (artículo 333)

El vicio de simulación puede ser definido como el defecto de buena fe del acto jurídico consistente en la discordancia consciente y acordada entre la voluntad real y la declarada por los otorgantes del acto, efectuada con el ánimo de engañar, de donde puede resultar, o no, lesión del orden normativo o a los terceros ajenos al acto (Conf. Rivera y Medina, 2014 I: 759).

De esta definición, que es doctrinaria y no legal, se deduce que los requisitos para exista un negocio simulado son tres:

1. La contradicción entre la voluntad interna y la declarada.

2. La existencia de un acuerdo simulatorio entre los participantes del acto.
3. El engaño como fin inmediato del acto simulado.

La doctrina ofrece dos clasificaciones de la simulación: la que distingue entre simulación absoluta y relativa, y la que lo hace entre simulación lícita o ilícita.

La simulación absoluta se da cuando el acto ostensible no encubre uno real. Es pura apariencia, una total ficción. Esta se da, por ejemplo, cuando el deudor aparenta vender un inmueble a otra persona, para evitar la acción de los acreedores, pero este acto es ficticio, continuando en la realidad como verdadero propietario.

La simulación relativa en cambio, se produce cuando el acto ostensible oculta, o encubre otro acto, verdadero. Un ejemplo de ello puede darse cuando un padre simula una donación con la celebración de una compraventa, para beneficiar así a uno de sus hijos. Existen también otros supuestos de simulación relativa, que se dan con inusitada frecuencia, como por ejemplo la práctica de escriturar las operaciones de compraventa de inmuebles por un monto menor al verdadero, con la finalidad de engañar al fisco y disminuir la carga impositiva del negocio. El artículo 333 del CCCU nos brinda una descripción casuística de la simulación, enunciando diversos casos en que esta puede darse.

La licitud o ilicitud de la simulación depende de la existencia de un perjuicio a terceros o de una finalidad contraria al ordenamiento.

La acción de simulación puede ser intentada por una de las partes o por terceros que resulten perjudicados por ella.

La acción de simulación entre partes, tiene lugar cuando una de ellas pretende hacerse fuerte en la apariencia creada. Por ejemplo, en caso de que el testafierro desconociera esa calidad y actuara como verdadero propietario.

En esos casos es necesario que la simulación sea lícita, salvo que no pudiera obtener beneficio alguno del resultado de la acción de simulación. De lo contrario, es decir, cuando la simulación sea ilícita y haya perjudicado a terceros, las partes no tendrán acción para demandarla una contra la otra.

Cuando la acción de simulación se da entre las partes del negocio simulado, es imprescindible su prueba a través del contradocumento

El contradocumento es un escrito, generalmente secreto, destinado a comprobar o reconocer la simulación total o parcial de un acto aparente. Es la prueba principal del carácter ficticio del negocio simulado (Herrera et al., 2015 I: 545)

Solo excepcionalmente podrá prescindirse de él cuando la parte acredita las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación (artículo 335). En esta situación excepcional podrá acudir a cualquier medio de prueba.

Cuando la acción es ejercida por terceros cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto afectados por el acto simulado, podrá acreditarse la simulación por cualquier medio de prueba.

En estos casos, cobran un lugar trascendente las presunciones, cuando estas revistan carácter de graves, precisas y concordantes. La jurisprudencia ha identificado presunciones legales, es decir, específicamente previstas en el Código y presunciones de hecho.

Puede presumirse la simulación:

- a. cuando las partes están ligadas por una relación de parentesco, de confianza, amistad íntima;
- b. cuando el negocio no fue ejecutado, esto es, no existe tradición ni entrega de la posesión de la cosa que continúa en manos del ficticio enajenante;
- c. si el adquirente carece de capacidad económica o se ignora el origen de los fondos;
- d. si el enajenante se desprende de todos los bienes o de los que hacen a su forma de vida o son necesarios para su trabajo;
- e. cuando la venta se realizó en forma apresurada, ante la inminencia de un hecho que, por sí mismo, puede llevar a presumir que se ha pretendido ocultar bienes;
- f. en virtud de la conducta de las partes y el modo de conducirse en sus negocios. Es fundamental también el modo en que se desempeñan en juicio, si aportan pruebas, si se mantienen pasivos u obstruyen la etapa probatoria (Herrera et al., 2015 I: 547).

Probada la simulación, se declarará la nulidad del negocio simulado volviendo las cosas al estado anterior a su celebración, con los alcances previstos en el artículo 337 que transcribimos a continuación.

Artículo 337.- *Efectos frente a terceros.* Deber de indemnizar. La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título

gratuito, o si es cómplice en la simulación. El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento.

La acción de simulación prescribe a los dos años desde que una de las partes se negó a dejar sin efecto el acto simulado, o desde que se tuvo conocimiento de él cuando es intentada por terceros.

Fraude (artículo 338)

El fraude a los acreedores se comete a través de actos o negocios jurídicos válidos, unilaterales o bilaterales, destinados a enajenar derechos o facultades o abdicarlas, en perjuicio de los acreedores -pues provocan o agravan la insolvencia- teniendo conciencia de obstaculizar o impedir la prestación debida (Mosset Iturraspe citado por Rivera y Medina, 2014 I: 770).

El CCCU no define al fraude, sino la acción de inoponibilidad a que da lugar, y que puede solicitar cualquier acreedor respecto de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, así como de las renunciaciones al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna (artículo 338). El negocio fraudulento es entonces un negocio válido y de contenido patrimonial.

Los requisitos de procedencia de la acción de inoponibilidad, están detallados en el artículo 339.

- Fecha del crédito anterior al acto: es una consecuencia del principio de que el patrimonio constituye la prenda común de los acreedores, de manera tal que es lógico pensar que estos han tenido en cuenta la situación patrimonial de su deudor a la hora de contratar. Es necesario entonces que la insolvencia sea sobreviniente a la celebración del acto para intentar la acción. El CCCU establece una sola excepción: que el deudor, deliberadamente, haya provocado en forma anticipada su insolvencia, para defraudar a futuros acreedores, pero esta circunstancia deberá ser probada por estos últimos.
- Que el acto haya causado o agravado la insolvencia: la declaración de inoponibilidad requiere una adecuada vinculación entre el acto celebrado por el deudor y su insolvencia.
- Que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia:

si el acto fraudulento fuera a título gratuito, no es necesario demostrar este recaudo, ya que la ley se inclina por proteger al acreedor. Si el acto fuera en cambio a título oneroso, es necesaria la demostración de la complicidad del co-contratante, que se presume si conocía o debía conocer que el acto provocaba o agravaba su insolvencia (artículo 340).

Es importante comprender que el fraude no da lugar a la declaración de nulidad del acto, sino a su inoponibilidad, que se extiende solo a aquellos acreedores que promovieron y triunfaron en la acción y hasta el importe de sus respectivos créditos.

En este supuesto de inoponibilidad, la ineficacia del acto no se extiende de *erga omnes*. El negocio en sí mismo es válido y eficaz pero, para algunas personas, concretamente aquellas que resultan perjudicadas, no es oponible, esto quiere decir que dichos acreedores pueden comportarse como si el acto no se hubiese efectuado. En otros términos, esos terceros pueden oponerse a que el acto produzca efectos en su contra. Por supuesto, la inoponibilidad solamente favorece al acreedor que ha promovido la acción y hasta el importe de su crédito, de modo que como el acto es válido per se, una vez desinteresado el acreedor que promovió juicio, los efectos del acto se producen normalmente entre las partes. De ahí, si luego de ejecutado queda un remanente, este ingresa al patrimonio del adquirente, que es el titular de la cosa (Herrera et al., 2015 I: 550)

Finalmente, hay que apuntar que en caso de que la inoponibilidad se vea frustrada por la transmisión del bien a un sub-adquirente de buena fe y a título oneroso, el deudor y quien contrató con él responderán solidariamente por los daños y perjuicios ocasionados. Si el co-contratante es de buena fe y a título gratuito solo responderá en la medida de su enriquecimiento (artículo 340).

La acción de inoponibilidad en caso de fraude prescribe también a los dos años (artículo 2562 inc. f) que se computan desde que se conoció o pudo conocer el vicio del acto.

5. INFLUENCIA DEL TIEMPO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS¹²

“El hombre tiene su vida signada por el tiempo. Ello, al punto de que se ha dicho agudamente que «el tiempo es un recurso escaso, quizá el mejor ejemplo de escasez” (Raga, 2014: 13)

a) Introducción General

Preliminarmente indicamos que el derecho debe lidiar con el tiempo, que influye en numerosas instituciones jurídicas y, para ello, tiene que regularlo, estableciendo sus efectos (López Mesa, 2013). La forma típica del derecho al establecer la temporalidad de los derechos y acciones, es fijarles un plazo de cumplimiento o ejercicio, plazo que puede ser de distinta naturaleza y efectos (Frigerio-Goujon, 1979: 59). Consideramos adecuado destacar que existen diversas clases de plazos con efectos jurídicos; los más importantes y gravosos son sin duda el plazo de prescripción y el de caducidad. Y, de ambos, el más grave es el plazo de caducidad, ello dadas las consecuencias fatales, que entraña su cumplimiento (Bouffelan Lanore et al., 1963: 21; Garron, 2000: 11).

Por otra parte, es significativo recordar que al menos, durante la vigencia del Código de Vélez, los perfiles diferenciales del instituto de la caducidad con la prescripción, han debido ser advertidos y explicitados por la doctrina y jurisprudencia, ya que ninguna norma consagró el codificador ni la reforma de 1968, a regular específicamente la caducidad, debiendo los autores y los jueces avocarse a la labor de identificar dentro de ese articulado, qué plazos podían considerarse de caducidad.

Con el nuevo CCCU el panorama ha cambiado radicalmente en esta materia, al contemplar el nuevo ordenamiento, el instituto de la caducidad, como una forma de decadencia de derechos, de efectos más rotundos y terminantes que otras, y darle un régimen específico, en los arts. 2566 a 2572.

La regulación legal sobre prescripción y caducidad se encuentra establecida en el Libro Sexto, Título I de nuestro actual CCCU. En el primer capítulo, se establecen disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva; y está integrado por cinco secciones comunes referidas a: normas generales, suspensión, interrupción, dispensa y disposiciones procesales aplicables de manera general a ambas prescripciones. El

12 La presente sección es de autoría de Rolando Fabián Rodríguez

capítulo segundo regula la prescripción liberatoria, el capítulo tercero la prescripción adquisitiva; y finalmente el capítulo cuarto regula el instituto de la caducidad de los derechos.

Previo a introducirnos en el tratamiento del análisis de la regulación de ambos institutos, ya sea a nivel general o particular; consideramos adecuado brindar preliminarmente una conceptualización de ambos institutos.

Es así que conceptualizamos –siguiendo a los distinguidos autores Pizarro y Vallespinos (1999: 655)– la prescripción liberatoria, aplicable en el ámbito de los derechos personales como:

(...) la extinción de un derecho en virtud de la inacción de su titular durante el término fijado por la ley. Se trata de un modo extintivo de derechos y, en lo específico, del derecho de crédito, pues afecta su existencia misma, provocando el aniquilamiento del vínculo jurídico, con todas las consecuencias que de ello derivan. El instituto requiere para su configuración, de dos elementos: a) transcurso del tiempo fijado por la ley para el ejercicio del derecho de crédito b) inactividad de su titular.

Por otra parte, y en referencia a la prescripción adquisitiva aplicable en el ámbito de los derechos reales; el art 2565 del CCCU remite adecuadamente el tratamiento de dicha prescripción, al Libro IV de los derechos reales donde específicamente el artículo 1897 del CCCU la define como: “La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”. Entonces, para que opere la misma (usucapión), se requiere la posesión continua de la cosa durante cierto lapso de tiempo definido por la ley.

b) Prescripción adquisitiva y liberatoria

Normas generales

La Sección 1 del Capítulo I consta de una serie de reglas comunes a ambas prescripciones ya definidas supra. El CCCU incorpora una norma que dispone que a falta de regulación legal expresa, las normas comunes indicadas resultan aplicables a ambas prescripciones (artículo 2532). No existe una norma similar en el Código de Vélez. La Comisión Bicameral incluyó un párrafo al artículo, que faculta a las autoridades locales a fijar plazos de prescripción en materia tributaria.

El artículo 2533 dispone el carácter imperativo de las normas sobre prescripción. No existía en el Código de Vélez una norma similar.

La doctrina discute sobre el fundamento de la prescripción. Una parte, minoritaria, se pronuncia porque la prescripción tiene fundamentos de orden privado, en defensa del deudor y, por ello, la amplitud sobre convenios vinculados a la materia. La mayoría de la doctrina, en cambio, funda a la prescripción en cuestiones de orden público, en búsqueda de la seguridad en las transacciones. Desde dicha posición se determina el principio de que las partes no pueden pactar convenciones que modifiquen las reglas legales, aunque a veces se matiza con posiciones favorables a pactos a favor del deudor (cláusulas de acortamiento de plazos de prescripción).

El CCCU pone fin a la discusión indicando que no es válido ningún pacto que determine reglas distintas a las fijadas por la ley. Se determina además la regla de que todas las acciones son prescriptibles, salvo disposición expresa en contrario. A lo largo del articulado del CCCU se encuentran normas que fijan estas excepciones (Ej. acción para perseguir la declaración de una nulidad absoluta, artículo 387).

Se advierte que el CCCU no acoge la categoría de obligaciones naturales, regulada sí en el Código de Vélez de manera detallada. Sin embargo determina la misma regla del Código derogado: el pago espontáneo de una obligación prescripta no es repetible. Indicamos además en materia de modificación de los plazos de prescripción por una ley posterior, que el artículo 2537 especifica que el nuevo plazo debe computarse desde la vigencia de la nueva ley, y que debe aplicarse, siempre que el nuevo plazo así computado, sea menor al vigente al momento de la modificación. La regla es que siempre se aplica el plazo de prescripción que en el caso concreto, venza primero.

Interrupción, suspensión y dispensa de la prescripción

En el marco general de las disposiciones comunes a ambas prescripciones el CCCU en sus artículos 2539 a 2550 regula los diversos supuestos de interrupción, suspensión y dispensa de la prescripción.

Iniciando el tratamiento de los tópicos en estudio, debemos expresar preliminarmente, que el curso del tiempo de prescripción, supone por un lado el momento inicial a partir del cual se computa, y por el otro un momento final en el cual se considera cumplido. En dicho curso de tiempo entre ambos extremos, pueden operarse las siguientes vicisitudes: la interrupción y la suspensión de la prescripción.

Obvio resulta indicar, que como ya ha expresado nuestra Corte Federal: “los actos interruptivos o suspensivos de la prescripción deben ser cumplidos necesariamente antes de su vencimiento, ya que mal puede interrumpirse o suspenderse un plazo ya cumplido” (CSJN 19/12/95, JA, 1996-II).

Debemos advertir además que la interrupción y la suspensión son dos instituciones distintas, con diferencia conceptual. Por lo indicado, debe tenerse en cuenta que el curso de la prescripción se interrumpe cuando en virtud de una causa legal idónea, se borra o inutiliza el lapso transcurrido hasta ese momento, volviendo a correr nuevamente el término de prescripción a partir del cese de la causa interruptiva, es decir que la interrupción aniquila completamente el término transcurrido. Mientras que la suspensión es la paralización del curso de la prescripción por la existencia de causas establecidas por la ley. La misma provoca una detención del curso de la prescripción, a partir de la causal idónea para producirla, mientras ella dure, sin borrar los efectos ya producidos. Una vez que desaparece la causal suspensiva de la prescripción se reanuda hasta completar el plazo faltante.

Como principio general tanto las causales de suspensión o de interrupción son de alcance subjetivo (Cfr. artículos 2540/2549 del CCCU) salvo el caso de obligaciones solidarias o indivisibles. Las causales de suspensión son: la interpelación fehaciente por única vez y por un plazo de seis meses (art 2541), y el pedido de mediación, con reanudación de plazos a partir de los 20 días contados desde el cierre de la misma (art 2542). Además de ello, se regulan los casos especiales de suspensión conforme lo dispuesto por el art 2543 (entre cónyuges, convivientes, personas incapaces, personas jurídicas y administradores, y entre el heredero con responsabilidad limitada y acreedores del acervo hereditario).

Por otro lado, como causales idóneas de interrupción de la prescripción, se estipulan: el reconocimiento que efectúe el deudor o poseedor (artículo 2545), la petición judicial del titular del derecho (artículo 2546) y la solicitud de arbitraje (artículo 2548).

Independientemente a lo ya indicado, las secciones 4ta y 5ta del capítulo en estudio, regulan dos supuestos específicos referidos, en primer término a la dispensa de la prescripción cumplida y en segundo lugar a las vías procesales respectivas para invocar el instituto de la prescripción.

En referencia a la dispensa de la prescripción cumplida, el juez puede efectuar la dispensa de la misma cuando han existido causales objetivas tales como dificultades de hecho o maniobras dolosas que obstaculizaran temporalmente su planteo y ejercicio; siempre que se hagan valer dichos derechos dentro de los seis meses de la cesación de dichos obstáculos o desde el cese de la incapacidad según el caso.

En materia procesal se establece que la prescripción puede hacerse valer tanto como acción o como excepción (art 2551), debe oponerse al contestar demanda (artículo 2553) y el juez no puede declararla de oficio (artículo 2552).

Regulación del cómputo de la prescripción liberatoria, y plazos de prescripción

En sus artículos 2554 a 2559 el CCCU regula el cómputo de los plazos de prescripción en diversos supuestos a los cuales nos remitimos, indicando que el principio general conforme al artículo 2554 es que el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible. En referencia a los plazos de prescripción los mismos se regulan en los artículos 2560 a 2564 a los cuales nos remitimos, indicando que el plazo genérico de prescripción es de cinco años conforme lo dispuesto por el artículo 2560 del CCCU.

Regulación de la prescripción adquisitiva

En el punto de estudio, como ya indicamos supra (ver apartado b) en materia de prescripción adquisitiva en el Capítulo III, el artículo 2565 del CCCU reenvía al libro IV de los derechos reales para su tratamiento, específicamente al art 1897 ya mencionado y transcripto dónde se la define como: “La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”.

c) Caducidad de los derechos

Nociones Generales y regulación legal

Con la sanción del CCCU, se incorporó además mediante el Libro Sexto, Título I, Capítulo IV, artículos 2566 a 2572, una sección dedicada al tratamiento de la caducidad de los derechos. Intentaremos establecer sus características sobresalientes en el presente análisis.

La doctrina define a la caducidad de los derechos como un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares. De Gásperi y Morello (1964: 400) aducen que ella “extingue directamente el derecho por la omisión de su ejercicio en el tiempo prefijado”.

En palabras del Máximo Tribunal de la República: “La caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo fijado por la ley o la voluntad de los particulares” (CSJN, 13/12/1998, Fallos: 311:2646).

En tanto que el artículo 2566 del CCCU establece que “La caducidad extingue el derecho no ejercido”. La consecuencia o efecto, lo constituye la pérdida o extinción del derecho o potestad no ejercida.

Es decir, que para impedir que opere la caducidad, se requiere de un hecho (positivo o negativo) o un acto, que dará nacimiento o consolidará

un derecho o una acción. Este hecho u acto deberá ser cumplido dentro del plazo que marca la previsión legal o convencional para que no opere la caducidad. Este plazo es perentorio e improrrogable, aunque admite su renuncia en la medida que no se trate de materia sustraída a la disponibilidad de los particulares (artículo 2571 CCCU).

El efecto de la caducidad, radica en que el transcurso del tiempo prefijado legalmente, sin haberse ejercido el derecho, efectuada la manifestación, contestado la reclamación o impugnado la situación jurídica que se encontrare sometida a plazo de caducidad, produce la pérdida del derecho, o la consolidación definitiva de la situación no cuestionada. Como ha sido resuelto jurisprudencialmente, el efecto básico de la caducidad es la extinción del derecho y la pérdida de su correspondiente acción judicial para ejercerlo (CApel Trelew, Sala A, 29/4/15, «Urquiza c/ Prevención ART SA», sist. Eureka y elDial.com.).

En el artículo 2567 se establece claramente que los plazos de caducidad no son susceptibles de suspensión o interrupción salvo disposición legal en contrario y se establece la nulidad de todo acto abusivo que implique fijar un plazo de caducidad que torne excesivamente difícil el cumplimiento a una de las partes del acto requerido para el mantenimiento del derecho o que implique fraude a las disposiciones de prescripción (artículo 2568).

En referencia al impedimento de la configuración de la caducidad, el artículo 2569 claramente establece que el cumplimiento del acto previsto por la ley o por el acto jurídico, y el reconocimiento del realizado por la persona contra la cual se pretende hacer valer la caducidad prevista en un acto o en una norma relativa a derechos disponibles, impide la caducidad.

Finalmente, el artículo 2571 impide la renuncia a la caducidad en materia sustraída a disponibilidad de las partes; y se establece en el artículo 2572 que la caducidad debe ser declarada de oficio por el Juez cuando está establecida por la ley, y en materia sustraída a disponibilidad de las partes.

Caracteres de la caducidad

Todo lo analizado hasta aquí permite concluir en que los caracteres de la caducidad son los siguientes:

- Es una carga que recae sobre el ejercicio de un derecho potestativo.
- En la caducidad se produce una limitación temporal a una situación subjetiva activa.
- Consiste en el constreñimiento del titular de ese derecho potestativo a ejercitarlo dentro de cierto plazo. Cuando la ley señala un

término de caducidad, el derecho indefectiblemente debe ejercerse en el término prefijado por el ordenamiento jurídico, so pena de caducar, fenecer o extinguirse por su simple transcurso, verificación o consumación, es decir, su existencia, duración y eficacia se inserta en el plazo concreto, determinado, preordenado, definido y señalado *ex ante* en la norma, dentro del cual debe ejercitarse. Por consiguiente, el efecto extintivo del derecho por caducidad, actúa al verificarse el plazo.

- El plazo de caducidad es perentorio e improrrogable y ataca al derecho mismo, pues el plazo no se suspende ni interrumpe. Por lo indicado, resulta claro que la caducidad excluye toda posibilidad de disposición, modificación, reducción, ampliación, interrupción o suspensión, corre inexorable e infaliblemente a partir del momento predispuerto en el *factum* normativo, a cuya verificación el efecto jurídico consecuente e inmediato es la extinción completa, absoluta y definitiva del derecho.
- Cuando no se ejercita el derecho dentro del plazo, este se extingue.

d) Diferencias entre caducidad y prescripción

Finalmente, y habiendo ya analizado los institutos de la prescripción y la caducidad, podemos individualizar comparativamente las diferencias que median entre caducidad y prescripción, las cuales pueden resumirse en las siguientes:

- La caducidad extingue el derecho (artículo 2566), mientras que la prescripción no, pues en este caso el derecho subsiste como deber moral (artículo 728).
- La caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos por falta de ejercicio durante un cierto tiempo, en tanto que la prescripción extingue la acción, pero el derecho subsiste.
- Esta diferencia no tiene una importancia menor: efectuado el pago espontáneo de una obligación prescripta, el artículo 2538 autoriza al *accipiens* a retener dicho pago y niega al *solvens* el derecho de repetirlo; en cambio, efectuado el pago de una obligación caduca, el *solvens* tiene expedita la acción para reclamar el reintegro del mismo, porque el derecho cuando caduca no subsiste ni como deber moral, y no acuerda derecho al *accipiens* para retenerlo válidamente.
- La prescripción afecta toda clase de derechos, pues es una institución general, de modo que, para que ella no funcione, es

necesario una norma expresa en tal sentido, en tanto que la caducidad, por no ser general, solo afecta ciertos derechos que nacen con una vida limitada en el tiempo.

- La prescripción puede verse interrumpida o suspendida en su curso (artículos 2539 a 2549), no así la caducidad, que no puede ser interrumpida ni suspendida (artículo 2567); sí, en cambio, la caducidad puede ser impedida, a través del ejercicio del acto sujeto a caducidad (artículo 2569).
- La diferencia práctica entre la prescripción interrumpida y la caducidad impedida está en que la primera reinicia el plazo legal, mientras que la segunda hace que la caducidad no se produzca.
- La prescripción solo proviene de la ley (artículos 2532 y 2533), mientras que la caducidad puede resultar también de una convención de particulares (artículos 2568 a *contrario sensu*).
- La prescripción no es aplicable de oficio (artículo 2552); mientras que la caducidad puede ser declarada de oficio en los supuestos en que ella emane de la ley y se trate de derechos indisponibles (artículo 2572).
- Los plazos de prescripción son habitualmente extensos, mientras que los de caducidad son comúnmente reducidos.

Referencias

- Abbiati, L.E. (2014) “De la ineficacia de los actos jurídicos. Panorama legislativo”. Conferencia en el marco de las I Jornadas sobre reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.
- Buffelan Lanore, Y. (1963). *Essay sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- De Gásperi, L. y Morello, A. (1964). *Tratado del Derecho Civil*. Buenos Aires 1964: Editorial TEA.
- Fricero-Goujon, N. (1979). *La caducité en droit judiciaire privé*, tesis, Niza.
- Garron, Frédéric, *La caducité du contrat (Étude de droit privé)*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Institut de Droit des Affaires, 2000, p. 11 y sgtes.).
- Herrera, M., Caramelo G. y Piscasso, S. (Dir). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Buenos Aires: Infojus.
- Llambías, J. J. (1964). *Tratado de Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

- López Mesa, M. J. (2013). *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Astrea.
- Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, H. y Kemmelmarjer de Carlucci, A. (2012) *Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Recuperado desde: www.nuevocodigocivil.com.ar
- Pizarro R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. T° III*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Raga, J. T. (2014). Prólogo. *El derecho en tiempos de crisis. Libro homenaje a Rafael Gómez Ferrer Sapiña*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rivera, J.C. y Medina, G. (Dir.) (2016). *Derecho Civil Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rivera, J.C. y Medina, G. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo I.

Actividades

1. Identifique concepto y clases de ineficacia.
2. Elabore un ejemplo de conversión del acto jurídico.
3. Distinga entre rescisión, resolución y revocación.
4. Identifique concepto y caracteres de la nulidad. Distinción con la inoponibilidad.
5. Nulidad absoluta y relativa, criterio de distinción y principales diferencias.
6. Nulidad total o parcial. Caso en que opera esta última.
7. Efectos de la nulidad: regla general y excepción. Distinción entre acto ejecutado y no ejecutado.
8. Confirmación: concepto y supuesto de aplicación.
9. Error, dolo y violencia: concepto y requisitos para que nulifiquen el acto.
10. Lesión subjetiva: concepto y elementos. Acciones a que da lugar
11. Simulación. Concepto y clasificación. Contradocumento
12. Prescripción. Concepto. Distinción entre prescripción liberatoria y adquisitiva.
13. Diferencias con la caducidad.

LOS AUTORES

Ivana CAJIGAL CÁNEPA. Abogada con Diploma de Honor (USAL), Profesora Universitaria en Ciencias Jurídicas (FD-USAL), Mediadora Esp. en Mediación Familiar (Fundación Libra, Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de La Pampa), Diplomada en Derechos de la Niñez (FCEyJ-UNLPam). Maestranda en Derecho Privado (FD-UNR). Jefa de Trabajos Prácticos regular de la Derecho Civil I, Ayudante de Primera Interina de Derecho Civil, Docente a cargo del Seminario de Derecho Civil de la carrera de Procuración (FCEyJ-UNLPam). Docente de nivel superior no universitario y medio. Investigadora en proyectos de investigación acreditados (FCEyJ-UNLPam). Coordinadora de la Comisión de Salud del Observatorio de Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam). Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Bioética.

Lucía Carolina COLOMBATO. Abogada (UNLP). Especialista en Derecho Civil (FCJS-UNLP). Magíster en Estudios Sociales y Culturales (FCH-UNLPam). Doctoranda en Derecho (UNCU). Profesora Titular Regular de Derecho Civil I, Profesora Adjunta regular a cargo de Derecho Civil, Profesora Adjunta Interina de Derecho Internacional Público de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNLPam. Coordinadora del Área Curricular de Derecho Público (FCEyJ-UNLPam). Docente de la Especialización en Derechos Humanos y la Diplomatura en Derechos de la Niñez (FCEyJ-UNLPam). Consejera de Estudios de la Maestría en Estudios Sociales y Culturales (FCH-UNLPam) y de la Especialización en Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam). Miembro del Consejo Asesor y Coordinadora de la Comisión de Derechos Culturales y Pueblos Originarios del Observatorio Universitario de Derechos Humanos (FCEyJ-UNLPam). Miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Pampeana de Conservación del Patrimonio Cultural.

Luis Omar NUÑEZ. Abogado (UNLP). Jefe de Trabajos Prácticos Regular de la asignatura Derecho Civil de las carreras de Contador Público Nacional, Técnico Universitario Administrativo Contable Impositivo y Licenciatura en Administración (FCEyJ-UNLPam).

Rolando Fabián RODRÍGUEZ. Abogado (Universidad Católica de Córdoba). Escribano (Universidad Católica de Córdoba). Especialista en Daños y Contratos (Universidad de Salamanca Fundación General Reino de España). Especialista en Magistratura Judicial (UNSAM).

Lucía Carolina Colombato

Doctorando en Derecho (Pontificia Universidad Católica Argentina).
Profesor Adjunto Regular de Derechos Reales y de Derecho Registral
y Notarial, Ayudante de Primera Regular de Derecho Civil, Docente
a cargo del Seminario de Derecho Civil de la carrera de Procuración
(FCEyJ-UNLPam).



UNLPam
Universidad Nacional de La Pampa

Santa Rosa, La Pampa, junio de 2018