

lecciones Y ENSAYOS

15

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Barral Arco, 1980

Decano: Dr. Francisco P. Laplaza.
Vicerrector: Dr. Guillermo Ahumada.

CONSEJO DIRECTIVO:

Profesores

Consejeros Titulares: Dr. Marcos A. Rialta, Dr. Julio Dawson, Dr. Aquilino Horacio Guaglianone, Dr. Egidio Ruiz Moreno, Dr. José M. López Olavarría, Dr. Ambrosio L. Gioja, Dr. Manuel M. Díaz.

Consejeros Suplentes: Dr. Enrique Díaz de Guzmán, Dr. Carlos Sánchez Viamonte.

Egresados

Consejeros Titulares: Dr. José M. Astigueta, Dr. Roberto Postiglione, Dr. Francisco Trusso, Dr. Manuel Vivas.

Consejeros Suplentes: Dr. Horacio C. Madoa, Dr. Carlos I. Albornoz, Dr. Enrique Vera Villalobos, Dr. Mario Stanislavsky.

Alumnos

Consejeros Titulares: Sr. Horacio J. Sauguinetti, Sr. Enrique Basigalupo, Sr. Hermelindo Cantal, Sr. Carlos A. Castilla.

Consejeros Suplentes: Srta. Maudita Szelenky, Sr. Alejo Deauzier, Sr. Edgardo Kaplán, Sr. Pedro de Elizalde.

Como no podía ser de otra manera, nuestra primera preocupación al asumir la Dirección de Publicaciones de esta Facultad, fue la intercomunicación entre profesores y alumnos.

Respecto la publicación de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinistas y extranjeros, quedaba sin resolver una vinculación respecto a la labor común del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comuniquen entre sí y tengan una tribuna donde adiestrarse en el escribir jurídico, desde formarse con el consejo y el ejemplo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la *Revista del Centro de Estudiantes*, queremos que la Facultad concurre mediante una publicación periódica a completar las actividades académicas y necesidades de nuestra comunidad, a comunicar, como tribuna, a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un mero hecho estudiantil y rendir entonces, marcado sólo por sus propias problemáticas.

Estas razones nos llevaron a crear **LECCIONES Y ENAYOS**. Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus compañeros y nuestro mundo jurídico local.

Por sus entregamos a los estudiantes la efectiva Dirección de esta publicación, facultados la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abrimosles el llamado esfuerzo de cubrir gastos.

LECCIONES Y ENAYOS es mano de los alumnos —entendidos bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

Ignacio Winick

(LECCIONES Y ENAYOS, Nº 1)

LECCIONES Y ENSAYOS

1966

Nº 13

ESTUDIOS

	Fol.
FEDERICO VEDELA ESCALADA: El contrato de sociedad en el Código Civil, 2ª parte	7
JOSE DOMINGO RAY: La cláusula arbitral de jurisdicción	51
ANGEL E. GONZALEZ MILLAN: Los congresos penitenciarios internacionales	75

TEXTOS

TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SUSCRITOS EN MONTEVIDEO EN 1889 Y 1940:	
III. Tratado de Navegación Comercial Internacional	83

NOTAS Y COMENTARIOS

MARIO R. MICELE: Reformas impositivas	97
---	----

ENSAYOS

NELSON JULIO LOPEZ DEL CARRIL: Naturaleza jurídica de la hipoteca	109
STELLA ROMANO YALOUR: Las cinco ideas más interesantes a través de la lectura del Discurso Preliminar de Fontán	125

ESCRITOS JUDICIALES

CARLOS ENRIQUE MOUTIER ALDAO: Constatación de demanda en el feroz liberal	131
---	-----

UNIVERSITARIAS

LUIS VICENTE GALÉANO: Observaciones relativas a la metodología de la investigación	135
RECARIOS DE LA TULANE UNIVERSITY: Crónica del viaje ...	141
Contiene en "LECCIONES Y ENSAYOS"	145

LIBROS Y REVISTAS

Nota del Errato Grán, Jorge Honadio Arizpe, Pablo A. Horvath, Carlos A. R. Laguardia, Teófilo Mejíaclay e Ignacio Wintzky ...	
---	--

DECANO:

Doctor Francisco P. Lapina

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES:

Doctor Ignacio Wisnisky

CONSEJO DE PROFESORES

Luis Jiménez de Asúa, Guillermo L. Allende y Carlos S. Fayt

CONSEJO DE REDACCION

Director: Teófilo Mejakiatp

Subdirectora: Marta E. Angulo

Secretaría de Redacción: Pablo A. Horvath

Secretarías adjuntas: Aaron S. Frutos y Norma G. Sabia

*Redactores: Héctor A. Mairal, Luis Fernández (h.), Enrique S. Petracchi,
Leopoldo H. Schiffria, Jorge C. Servelli Rocca*

Redactores suplentes: Leopoldo Magallanes y Ana R. Cunir

*Nota: Este número ha contado con la colaboración del ex subdirector a/c. de la
Dirección, doctor Carlos A. R. Lagomarcino.*

Hecho el depósito que dispone la ley Nº 11.723

La responsabilidad por las ideas expresadas en los trabajos contenidos en esta revista
pertenece exclusivamente a sus autores.

ESTUDIOS



EL CONTRATO DE SOCIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

2ª PARTE (*)

Dr. FEDERICO VIDELA ESCALADA

Profesor Asociado Interino de Derecho Civil III

V. — DISTINCIÓN DE LA SOCIEDAD CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

La determinación, ya efectuada, de los diversos elementos típicos que integran el contrato de sociedad permite distinguirlo de otras figuras jurídicas que presentan ciertas semejanzas y afinidades y con las cuales podría llegar a confundirse en algunos supuestos particulares.

Cabe recordar, una vez más, que en la vida real, ordinaria, las figuras jurídicas que se presentan a la consideración del profesional no son siempre susceptibles de ser encasilladas dentro de determinada categoría, científica y precisamente definida, sino que las diferenciaciones entre contrato y contrato, entre institución e institución, son, a veces, muy sutiles, pudiendo señalarse, apenas, suaves variaciones de matices.

En tales circunstancias, el jurista debe estar en condiciones de precisar, ante el caso eventual que se le plantee, los rasgos distintivos de una u otra figura, para poder obrar con eficacia.

El criterio más exacto consiste en aplicar al acto que se toma en consideración la estructura de un contrato teórica y doctrinalmente considerado y determinar si se ajusta a ella, o bien, si escapa a su contenido. De ahí la ineludible necesidad de tener perfectamente determinados los elementos propios de cada contrato.

Si en algún caso muy especial, el criterio se demostrare insuficiente, deberá recurrirse a otras notas suplementarias, como la naturaleza del acto constitutivo, la aceptación de determinadas formas, el acuerdo sobre plazos, etc.

Las figuras jurídicas que mayores posibilidades ofrecen de confundirse con la sociedad son la locación de servicios, la aparcería y la asociación, dentro del ámbito contractual y, fuera de él, el condominio.

(*) La primera parte fue publicada en *LECCIONES Y ESTUDIOS*, n.º 2.

1. — *Distinción con la locación de servicios*

Mientras se analizan los temas en el campo puramente doctrinario, la diferenciación entre estos dos contratos aparece sencilla y no es fácil advertir la posibilidad de confusión entre sus respectivos conceptos.

En efecto, sus caracteres generales y sus elementos son definidos y la sola consideración de un aspecto es suficiente para distinguirlos en forma terminante: en la sociedad no se retribuye ningún servicio mediante una cantidad cierta de dinero.

El criterio es aplicable aun en el supuesto de existir un socio industrial, ya que, en todos los casos, la ventaja que el contrato le origina, como contraprestación del cumplimiento de su obligación de hacer, se traducirá en una retribución proporcional al total de las utilidades, si existieren, mientras que si no las hubiere, al no percibir remuneración por su trabajo, habría experimentado una pérdida, habría participado en la entidad.

Esto en el campo de los planteos doctrinarios: llevado el tema a la realidad viva, la solución puede ofrecer ciertas dificultades.

Lafaille, en el tomo II, n° 431 bis del Curso, cita como ejemplo complejo a la habilitación, figura de uso común en materia comercial. En ella, no existe el precio cierto en dinero (requisito establecido para la locación de servicios por el artículo 1623), pero tampoco se encuentra la *affectio societatis*, elemento esencial de la sociedad, todo lo cual hace que no pueda clasificársela estrictamente dentro del ámbito de uno ni de otro de estos contratos y que, a pesar de tratarse de un caso de uso corriente, deba incluirse, al enfocarla desde el punto de vista del Derecho Civil (cabe recordar que el Código de Comercio aporta su propia solución) en la categoría de los contratos innominados, aproximándola a la locación de servicios.

El criterio fundamental para distinguir a la sociedad de la locación de servicios es la presencia o ausencia de *affectio societatis* que permite separarlas perfectamente.

Lafaille, aceptando esa línea básica, se refiere a la situación de dependencia en que se coloca el locador de servicios, relación que está absolutamente excluida de un contrato de sociedad. De ahí, que si existe entre los contratantes una posición de igualdad, la convención sea una sociedad; si no existe, una locación de servicios.

Para completar el criterio, apela luego a la consideración de la participación de los contrayentes en las pérdidas que eventualmente pudieren existir, requisito esencial en la sociedad e inexistente en la locación.

Puede aun ponerse de relieve alguna nota distintiva más que no carece de importancia: Salvat (t. II, n° 1283) señala que la

distinción surge de la siguiente circunstancia: el locador de servicios sólo tiene derecho a la retribución estipulada, sea una remuneración fija o una participación en los beneficios, de donde extrae diversas consecuencias prácticas, cuya aplicación es de evidente utilidad para la diferenciación en supuestos complicados.

Así, deduce que los socios tienen derecho de controlar la administración y gestión de los negocios sociales, facultad de que carece el locador, quien, debido a que no participa en las pérdidas, no puede intervenir en aquéllas, ni fiscalizarlas.

Por otra parte, la locación de servicios se disuelve en cualquier momento, salvo el pago de las indemnizaciones previstas en la Ley 11.729 modificatoria del Código de Comercio, mientras que en la sociedad se prohíbe la renuncia intempestiva.

2. — Con la aparcería

La aparcería es uno de los contratos que Vélez Sarafiel no legisló y que, sin embargo, por imperio de las necesidades del país y de su economía, en que la actividad agropecuaria ocupa lugar tan preponderante, fue de aplicación constante.

Como se sabe, al emprenderse la reforma del Código Civil, se previó subsanar la omisión y la aparcería fue incluida entre las figuras especialmente reglamentadas.

Por otra parte, en la legislación llamada de emergencia que, desde hace largo tiempo, regula en la Argentina las relaciones entre los propietarios de tierras rurales y sus ocupantes, también se la tomó en consideración, distinguiéndola del arrendamiento rural, fundamentalmente por la existencia de una división de frutos, en lugar del precio cierto en dinero a cargo del locatario.

Dice, al respecto, el artículo 21 de la Ley 13.248: "Habrà aparcería cuando una de las partes se obligue a entregar a otra animales, o un predio rural con o sin plantaciones, sembrados, animales, enseres o elementos de trabajo, para la explotación agropecuaria en cualquiera de sus especializaciones, con el objeto de repartirse los frutos".

Por su parte, el Proyecto de 1936, dió un concepto mucho más breve y más preciso, en su artículo 1069: "Habrà contrato de aparcería cuando alguien entregara a otro, un predio rústico para la explotación agrícola o ganadera y dividir con él los frutos".

Hasta observar, aun someramente, estas dos definiciones, tan diferentes en cuanto a su perfección técnica, para comprender que, al distinguir la aparcería de la sociedad, pueden presentarse problemas de difícil solución, pues aquella figura jurídica se aproxima estrechamente a la sociedad con aportes de capital en uso y goce e industria.

Para poder establecer la diferenciación en forma indudable, hay que recurrir, una vez más, a la *affectio societatis*; si se analiza la esencia de la *sparceria*, se aprecia que no existe en ella una voluntad de unión para afrontar determinados riesgos de empresa.

Puede afirmarse que cada una de las partes marcha detrás de su propia utilidad, de su propia ventaja: hay una transitoria coincidencia de intereses, que, inclusive en determinado momento, durante la vigencia de la convención, puede no subsistir, como en el caso, infortunadamente muy común en la actualidad en el campo argentino, en que la continuación de la explotación de una determinada tierra determina su agotamiento, con los evidentes perjuicios que acarrea al propietario y sin que cese esa explotación por cuanto el *sparcero* se beneficia con algunos frutos de ella y no puede abandonarla porque ello le significaría tener que abandonar el predio.

Los autores, nacionales y extranjeros, se han pronunciado en el sentido de calificar a la *sparceria* como una modalidad del contrato de locación de cosas, o bien como un contrato *imominado*, aproximado a la locación (Lafaille, *Curso*, t. II, n° 428).

3. — Con la asociación

En el tratado de Planiol y Ripert (t. XI, n° 1073) se define la asociación como el contrato en el cual varias personas ponen en común su actividad, sus rentas o sus capitales con una finalidad común que no es la de repartirse los beneficios que de esa unión resultaren.

En realidad, se trata de la reproducción casi textual del concepto que daba la ley Francesa de 1901, que tuvo la virtud de extraer a las asociaciones del campo del Derecho Penal, donde habían sido recluidas por más de un siglo de legislación represiva.

Es inevitable, al enfocar la comparación entre los contratos de sociedad y asociación, el recuerdo de la célebre Ley Chappelier, dictada en los momentos iniciales de la Revolución Francesa, en aquella primera euforia, que llevó al más exagerado individualismo y alejó de la realidad a quienes, buscando defender a la persona humana, sometieron a una gran parte del grupo social a condiciones de vida lamentables.

La Ley Chappelier fue, precisamente, uno de sus más graves errores: buscando aplicar un golpe de gracia al régimen corporativo de los gremios medievales, procurando afirmar la libertad de trabajo, se prohibió toda forma de asociación entre trabajadores del mismo oficio, que pudiera llevar a una agrupación de intereses gremiales.

Con ello quedaron prescriptas todas las formas de asociaciones profesionales y, entre ellas, las que hoy conocemos con la de-

nomination de sindicatos, cuyo progreso en las últimas décadas ha sido extraordinario y que tiene en las legislaciones contemporáneas un tratamiento eminentemente favorable.

Fueron los sindicatos la primera especie de asociaciones que obtuviera autorización para constituirse en Francia, puesto que una ley de 1884 los permitió, mientras que la ley orgánica general de la materia recién se dictó, como se dijera, en 1901.

De ahí la enorme importancia que tuviera en el derecho francés la distinción entre sociedad y asociación, ya que las sociedades fueron permitidas en todo momento, mientras que las asociaciones caían dentro de la prohibición legal comentada y aún hoy se encuentran sometidas a disposiciones más restrictivas.

Por ello, fue común, en aquel país, que se disfrazase bajo forma de entidades constituidas con propósito de lucro muchas que, en realidad, sólo tenían fines benéficos o desinteresados: el caso fue particularmente común para las congregaciones religiosas dedicadas a la enseñanza, respecto a lo cual pueden verse interesantes menciones en la obra de Vavasseur, t. I, n.º 25, nota 4.

En el Código Civil Argentino, ha sido necesario afrontar una dificultad particular, proveniente de la imprecisión terminológica con que está utilizado el vocablo "asociación", el cual, a lo largo del articulado, ha sido tomado por Vélez Sarsfield con diversas acepciones diferentes.

Así, en el artículo 33, inciso 5.º, por ejemplo, se habla de asociaciones, en oposición a establecimientos de utilidad pública, vale decir comprendiendo a todo ente jurídico integrado por miembros, personas físicas.

En el artículo 34, parecería estar empleado como sinónimo de "sociedad" y, luego, en múltiples disposiciones, se habla de las "simples asociaciones", como entidades desprovistas de espíritu de lucro.

Este último significado es el ajustado doctrinariamente y también el que Vélez asigna esencialmente a la asociación, como surge indiscutiblemente de la nota al artículo 1848, donde al anotar la definición de la sociedad, desarrolla en el sentido expuesto la noción de asociación.

La distinción, que se contempla, se refiere, naturalmente, al último supuesto: si coinciden las nociones en cuanto a que se trata de entes compuestos por varias personas, la nota distintiva se encuentra en el propósito de lucro.

Mientras este elemento es indispensable en la sociedad, constituyendo uno de sus requisitos esenciales, en la asociación, por el contrario, la intención de obtener un beneficio pecuniario debe estar ausente: su presencia desvirtuaría la naturaleza misma del contrato.

En nuestro derecho, el problema fue aclarado perfectamente por Vélez, tanto en la definición del artículo 1648, como en la referida nota a ese mismo precepto. Y cabe recordar lo señalado, en ocasión de hacer referencia al propósito de lucro como elemento del contrato de sociedad, respecto al debate jurisprudencial y doctrinario habido en Francia en cuanto a la noción de beneficio pecuniario, que aquella nota del codificador hizo imposible en nuestro país.

Sin embargo, es imprescindible señalar que la distinción entre la sociedad y la asociación, tan clara en la solución elegida por nuestra ley y aún por la francesa, no mantiene su plena vigencia en otras legislaciones más modernas, en las cuales, conforme a una orientación general distinta, se ha prescindido de la intención de obtener ventajas patrimoniales para los socios al caracterizar a la Sociedad.

Tal es el caso de los Códigos Alemán, Suizo y Brasileño, por ejemplo, los cuales no requieren la presencia de un fin lucrativo en la sociedad, limitándose a exigir que tenga como objetivo "la realización de un fin común".

4. — Con el condominio

Para señalar la diferencia fundamental entre la sociedad y el condominio es imprescindible referirse a la personalidad de la primera: sea cual fuere la posición que se adopte en esa materia, hasta que se acepte la existencia de una cierta personalidad, por limitada que ella se entienda, para que se presente diáfana la distinción entre estas dos figuras.

En efecto, si se reconoce que la sociedad tiene personalidad, hay un sujeto de determinados derechos diferente de cada uno de los socios que lo integran y distinto también de una suma o yuxtaposición de los derechos respectivos de esos miembros integrantes de la entidad, lo cual no ocurre, naturalmente, en el condominio, ya que el patrimonio de los condóminos es el único que existe; no hay entidad distinta ni patrimonios independientes.

Cabe insistir: como se demostrará en el punto inmediato, en la sociedad hay separación de patrimonios; independencia recíproca, juego de derechos y obligaciones: los de los socios no coinciden siempre con los del cuerpo social y hasta, ocasionalmente, pueden encontrarse en oposición.

Yendo a la esencia de las dos figuras, su naturaleza jurídica se revela fundamentalmente distinta: mientras la sociedad es un contrato, el condominio reviste el carácter de derecho real, vale decir, que se encuentran en campos distintos en la división básica que reconoce nuestro Código en el ámbito de los derechos patrimoniales.

Además, el condominio no requiere, necesariamente, un contrato para tener nacimiento, sino que puede constituirse por testamento y aun por la ley, como en el ejemplo típico de la copropiedad de los cercos y muros medianeros.

También en la terminación hay diferencias: salvo que se le hubiese establecido un plazo al constituirlo, el condominio puede disolverse en cualquier momento; en la sociedad, aun sin plazo, no cabe la renuncia intempestiva (artículo 1739).

VI. — PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD.

El tema de la personalidad de la sociedad es, quizás, el más interesante de los que plantea este contrato tan lleno de sutilezas: problema que ha preocupado a juristas de todas las latitudes y ha requerido abundantes pronunciamientos judiciales, también en nuestra legislación ha dado lugar a un prolongado e interesante debate, ante la ausencia de un texto preciso que lo resuelva expresamente.

Es de destacar, sin embargo, como bien lo señala Salvat, que el problema no se plantea con extensión absoluta en nuestro derecho, por cuanto las sociedades anónimas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 33 inciso 5º, son personas jurídicas.

De manera que la incógnita se refiere a las demás especies de sociedades comerciales y a las civiles, en general, siendo oportuno adelantar, desde ahora, que en otras legislaciones, como la francesa, el tema ha merecido, en determinados momentos, solución diversa para uno y otro tipo de entidades, habiendo varios autores reconocido personalidad a las sociedades comerciales, mientras se la negaban a las civiles.

En la consideración del tema se plantean dos interrogantes, que deben ser resueltos sucesivamente.

¿Son personas las sociedades?

En caso afirmativo, ¿qué caracteres reviste su personalidad?

Las soluciones dadas al primer problema implican aceptar o negar el principio mismo de la personalidad y pueden ser, simplemente, positivas o negativas.

Las respuestas al segundo, que requiere decisión previa respecto al anterior, pueden agruparse en tres divisiones, según se adopte una personalidad jurídica plena o una personalidad de existencia ideal o una personalidad limitada.

Resultaría sumamente interesante recordar los lineamientos de la teoría general de la personalidad jurídica, pero extenderse en esos aspectos implicaría exceder las posibilidades de tiempo y el orden que debe presidir la exposición del Curso de Contratos del Derecho Civil. Sólo cabe, pues, remitirse a lo estudiado oportunamente en la Parte General.

Imponiendo las circunstancias para seguir este camino y prescindir de mayores explicaciones, se hace necesario sentar algunas premisas que deberán guiar la investigación respecto a la personalidad de las sociedades civiles.

En primer término, se impone recordar el precepto legal de persona, definido por el artículo 30 de nuestro Código Civil, que expresa: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones".

También debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 32, que determina la existencia, al lado de las personas físicas, de otros sujetos de derecho, al decir: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas". Por el momento, parece conveniente dejar sin resolver la debatida cuestión referente a la distinción entre personas de existencia ideal y personas jurídicas o la asimilación de ambos términos.

Puede agregarse aún otro concepto previo, que recordaba Halperín, en una nota jurisprudencial sobre este tema publicada en *La Ley*, tomo 2, pág. 1011, y que establece que son requisitos para la atribución de personalidad la existencia de un patrimonio distinto del de los miembros que lo componen y la presencia de una organización adecuada.

Establecidos estos puntos de partida, el procedimiento más eficaz para determinar la posición de nuestra legislación respecto al problema, consiste en recorrer las disposiciones del Código vinculadas con él, para analizar las respectivas soluciones que ellas aportan y extraer, de su conjunto, una conclusión general válida.

Sin embargo, antes de iniciar el análisis, se hace inevitable una referencia a la obra que inspiró a Vélez en lo relativo a la regulación de la personalidad jurídica y que fué, como en tantos otros aspectos, el Esbozo de Freitas, que en su artículo 273 distingue entre personas de existencia ideal públicas y privadas y manifiesta que las primeras llevan la denominación de personas jurídicas y que, más adelante, en el artículo 278, al enumerar las personas privadas de existencia ideal, en el primer inciso, se refiere, en pie de igualdad, a las sociedades civiles y comerciales.

En la nota a ese artículo, el jurista brasileño recoge la distinción doctrinaria, respecto a la personalidad, de las sociedades civiles y comerciales, reconociendo que la unanimidad con que la doctrina admite tal carácter a las últimas no existe en relación a las civiles, que han motivado un debate mucho más arduo. Sin embargo, como se señaló, no hace distinción alguna.

De ahí que, en la mencionada nota, haya escrito una frase tan decisiva como ésta: "Hoy no hay duda alguna sobre este punto", citando en apoyo de su opinión a Troplong, así como ante-

riormente había citado a Toullier como defensor de la tesis contraria.

Sin perjuicio de retornar al análisis de la concepción de Freitas en ocasión de definir las características que tendrían como personas las sociedades civiles, basta por ahora lo dicho para poner de manifiesto las líneas principales de la posición del jurista que inspiró principalmente a Vélaz Sarsfield en el régimen de la personalidad en general.

Yendo a la consideración de los textos del Código, debe comenzarse por señalar que, en ninguno de sus artículos, el Codificador definió expresamente su posición, en lo que se apartó del ejemplo de Freitas; solamente existe una nota en que se ha pronunciado: se trata de la puesta al pie del artículo 1744, donde, en la última parte, tras haber hecho un comentario a los efectos de las obligaciones contraídas por un socio a su nombre personal, expresa: "Por otra parte, la sociedad es una tercera persona, no hay acción contra ella, como no la habría contra un particular a quien el deudor hubiese entregado el dinero que tomase prestado."

La afirmación sería decisiva en el texto: en la nota es sólo una ayuda para el intérprete, que contribuye con su valor de comentario auténtico a la mejor aclaración del espíritu de la ley.

Existen, en cambio, en el articulado mismo, algunas disposiciones que son altamente significativas a los efectos de dar una solución al problema en nuestra ley.

Cabe referirse en primer término a los artículos 1702 y 1703. El primero dice: "La sociedad tiene el dominio de los bienes que los socios le hubiesen entregado en propiedad y cuando ella se disuelve los socios no tienen derecho a exigir la restitución de los propios bienes, aunque se hallen en ser en la masa social". Y el 1703, dispone: "Los bienes aportados por los socios se juzgan transferidos en propiedad a la sociedad...".

Estos textos se relacionan con el tema del aporte, al analizar el cual se señaló que los consistentes en obligaciones de dar podían transferir a la sociedad el dominio o el uso y goce.

Ahora bien, el dominio es un derecho real, el más importante de los derechos reales y su reconocimiento como tal implica una decisiva toma de posición de la ley, que define su orientación fundamental y hace a la esencia misma de la organización social.

En base a esta afirmación evidente y al concepto de persona dado por nuestro Código en el recordado artículo 30, la personalidad de las sociedades surge claramente de la construcción de un silogismo elemental, al cual ellas le sirven de premisas: persona es todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; la sociedad es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (el derecho de propiedad y las obligaciones que resultan de su carácter de propietario); luego, la sociedad es persona.

El codificador ha puesto muy claramente el acento, de manera que su intención y su modo de pensar quedan perfectamente claros: no se ha contentado con expresar el carácter de propietario de los bienes aportados que reviste la sociedad, sino que ha destacado una consecuencia que únicamente puede seguirse de esa calidad de titular del dominio, ya que sólo en base a ella puede justificarse que el socio no pueda reclamar, en oportunidad de una disolución, el bien que aportara.

Ante tal régimen, parece innegable el reconocimiento de la personalidad que incluye a la sociedad dentro de las previsiones del artículo 31, cuando, tras determinar que las personas son de existencia ideal o de existencia visible, dispone: "Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regla, en los casos, por el modo y en la forma que él determina...".

De acuerdo a lo especificado por los artículos 1702 y 1703, adquiere la sociedad un derecho (el de dominio) en el caso de un aporte en propiedad, por el modo establecido en los artículos 577 y 3265 y 2601 a 2603 (tradición) y en la forma exigida por el artículo 1662 y complementarios, como el artículo 1184 inciso 3°.

El argumento parece decisivo en favor del principio de la personalidad de las sociedades civiles en nuestro Código y está ratificado por otros, que también surgen del texto mismo de la ley.

Así, el artículo 1711, que encabeza el capítulo referente a los derechos y obligaciones de la sociedad respecto de terceros, al dar, precisamente, la definición de quienes son tales, dice: "Repítanse terceros, con relación a la sociedad y a los socios, no sólo todas las personas que no fueron socios, sino también los mismos en sus relaciones con la sociedad, o entre sí, cuando no derivasen de su calidad de socios o de administradores de la sociedad".

Esta disposición establece claramente la separación existente entre la sociedad y sus miembros, al aceptar que éstos, en algunas circunstancias, son terceros frente a aquélla.

Puede interpretarse con fundamento serio, por consiguiente, que este artículo es la concreción legislativa de la afirmación expresa contenida en la nota al 1744, a que antes se hiciera referencia y está relacionada con una separación de patrimonios que resulta decisiva, como lo pusiera de relieve Halperín en el comentario citado.

El tema de la separación de patrimonios lleva a la consideración de los artículos 1712, 1713 y 1714, que la consagran, aunque estableciendo una atenuación, ya que surge del comienzo del texto del 1713 que los integrantes de una sociedad responden por las deudas de ésta, lo cual implica una significativa diferencia con lo dispuesto en el artículo 39 respecto de las corporaciones o simples asociaciones.

La primera parte del artículo 1712, "Los deudores de la sociedad no son deudores de los socios", constituye un argumento muy fuerte en favor de la personalidad, ya que establece con clara elocuencia la separación de patrimonios.

El contenido de este artículo está corroborado por lo dispuesto en el artículo 1748, que dice: "Ninguno de los socios, a no tener la administración de la sociedad, o a no representarla en los casos antes designados, o a no haber sido especialmente autorizado por el que la administrase, tendrá derecho para cobrar las deudas activas de la sociedad, y demandar a los deudores de ella".

Dejando de lado la observación que puede formularse a la defectuosa terminología del artículo, cuya mención de "deudas activas" no es defendible, se hace evidente la identidad que inspira a las dos disposiciones.

También la parte final del artículo 1712 coincide en sostener análoga posición, ya que se refiere a una consecuencia de la aplicación de la norma general expuesta en la primera parte. Dispone: "(los deudores de la sociedad) no tienen derecho a compensar lo que debiesen a la sociedad con su crédito particular contra alguno de los socios, aunque sea contra el administrador de la sociedad".

Es indudable que, para que se pudiese oponer la compensación, deberían cumplirse los requisitos exigidos para este modo de extinción de las obligaciones, que Vélez definió al comienzo del artículo 818, diciendo: "La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente...".

Precisamente, esa condición esencial no se cumple en la hipótesis prevista en el artículo 1712, ya que acreedor y deudor no lo son con reciprocidad: la sociedad es acreedora, el tercero es deudor de ella y acreedor de un socio y el socio es deudor del tercero. En tales condiciones, la solución legal es perfectamente coherente.

Y al desarrollar una consecuencia del principio planteado en la parte inicial del artículo, da mayor fuerza al argumento, el cual se robustece, aun más, con la referencia al caso especial del administrador ya que queda muy claro que el patrimonio de la sociedad no se identifica ni siquiera con el de la persona que la representa.

El tema de la compensación vuelve a ser tratado por el codificador en el artículo 1713, segunda y tercera partes.

Dice el artículo 1713, segunda parte: "Si (los acreedores de la sociedad) cobraren sus créditos de los bienes sociales, la sociedad no tendrá derecho a compensar lo que ellos debiesen a los socios, aunque éstos sean los administradores de la sociedad".

La interpretación del artículo no requiere comentario alguno, pues también aquí se trata de un desarrollo de los principios referentes a la compensación, si se acepta la existencia de persona-

lidad: la sociedad puede únicamente oponer en compensación a sus acreedores los créditos que, a su vez, tuviera contra ellos, porque sólo en tal supuesto existe la reciprocidad requerida por la ley.

Por el contrario, no puede oponer a su acreedor el crédito que cualquiera de sus socios tuviese contra aquél porque, al existir separación de patrimonios, está ausente la reciprocidad. Y, nuevamente aquí, Vélez ha puesto de relieve que la solución es igual para todos los socios, sin que signifique ninguna diferencia el carácter de administrador que cualquiera de ellos revista.

La parte final del artículo requiere, en cambio, un pequeño análisis, no demasiado profundo, por otra parte. Dispone: "Si (los acreedores de la sociedad, los cobrasen (a sus créditos) de los bienes particulares de los socios, ese socio tendrá derecho para compensar la deuda social con lo que ellos le debiesen, o con lo que debiesen a la sociedad".

La interpretación generalmente aceptada sostiene que esta parte del artículo se refiere al caso de sociedad ya disuelta y liquidada. Conforme a esta manera de entenderla, la disposición no plantea dificultad alguna puesto que en tal hipótesis no existirían ya los dos patrimonios distintos, el de la sociedad y el del socio, sino que únicamente subsistiría el de éste último.

Aunque esa interpretación parezca acertada, conviene analizar el texto apartándose del supuesto de sociedad liquidada. Aún en tal caso, la solución del artículo es viable y no compromete en absoluto el principio de la personalidad: la compensación por el socio, del crédito reclamado con la deuda del acreedor contra la sociedad, implica una simple gestión cuya procedencia es indiscutible ante la reciprocidad originaria existente; en cuanto a la compensación con el crédito propio, se funda en que, al demandar al socio, el acreedor ha creado una reciprocidad que permite el juego de ese modo de extinción; por otra parte, el socio quedaría subrogado en los derechos del acreedor frente a la sociedad, manteniendo en relación a ella una situación de tercero, conforme al artículo 1711.

También el artículo 1714 contiene provisiones favorables al principio de la personalidad. Esta disposición, que se refiere al supuesto de concurso entre acreedores de la sociedad y de los socios y rige la preferencia entre ellos, está dividida en dos partes, que conviene analizar separadamente.

La primera parte dice: "En concurso de los acreedores sobre los bienes de la sociedad, los acreedores de ésta serán pagados con preferencia a los acreedores particulares de los socios".

La disposición enfoca el caso de sociedad disuelta y desarrolla una neta aplicación del principio de la personalidad, puesto que afecta el patrimonio de la sociedad al pago de las deudas por ella

contraídas. Es razonable que los bienes que lo integran sean destinados al cumplimiento de sus obligaciones y hay en ello otra simple consecuencia de la separación de los patrimonios de la sociedad y de los socios.

Por su parte, quienes contrataron con los socios particularmente nada podrían objetar a esta solución: ellos han debido tener en cuenta que los bienes que aquellos aportaron a la sociedad salieron de sus respectivos patrimonios para ingresar en el de ésta y que, por consiguiente, no integran ya la prenda común de los acreedores de los socios.

A cambio de esos bienes, el socio ha recibido determinados derechos sociales, lo cual constituye la esencia misma del aporte, como bien lo destaca Blaise, y a sus acreedores les quedarán como garantía, precisamente, los resultados de esos derechos sociales, es decir, la parte que le correspondiere al socio en la liquidación de la entidad, previo pago de todas las deudas sociales.

Esto se relaciona directamente con lo dispuesto por el artículo 1756 y también por los artículos 1754 y 1755; aquí se refiere al supuesto de sociedad liquidada y aplica para ese caso igual principio que el que informa a los otros dos textos citados para las hipótesis contempladas en ellos, que se refieren, respectivamente, a los derechos de los acreedores del socio sobre los bienes comprendidos en el aporte de éste antes que la sociedad hubiere adquirido el dominio sobre esos bienes y a la situación existente después de la adquisición del dominio por la sociedad.

Dispone el artículo 1756: "Podrán también cobrarlas de la cuota eventual que pueda corresponderle al socio deudor en la partición de la sociedad; pero embargando o haciendo rematar o adjudicar la cuota eventual que al socio pudiese corresponder, no adquieren derecho para embarazar de modo alguno las operaciones de la sociedad, ni nada podrán haber de ella, sino después de su disolución y partición".

La solución legal es perfectamente clara y sólo encuentra fundamento lógico en el reconocimiento de la personalidad de la sociedad. Podría decirse que, en esta primera parte de su artículo 1714, el codificador ha omitido una frase que hubiera resultado coincidente con la contenida en la redacción de las dos disposiciones anteriores y que pudo ser la siguiente: los acreedores de los socios no son acreedores de la sociedad.

En la segunda parte del artículo, que también considera a la sociedad ya disuelta y liquidada, se contempla el caso de concurso sobre los bienes particulares de los socios y, aplicando los principios contenidos en el artículo 1713, se dispone: "En concurso sobre los bienes particulares de los socios, sus acreedores particulares y los acreedores de la sociedad, no habrá preferencia alguna si los acreedores fuesen meramente personales".

La última mención del artículo se vincula con algo ajeno a este tema, la diferente naturaleza que pueden revestir los créditos y que tiene, naturalmente, influencia sobre su orden de prelación; dejando de lado este aspecto, la solución de la ley es razonable, pues no debe olvidarse que, al haberse disuelto la sociedad, no existen ya otros patrimonios que los particulares de los socios y que ellos deben responder, tanto por las deudas suyas como por las obligaciones que aun quedaran pendientes de la actividad social.

Otra disposición que interesa considerar es el artículo 1731, en su parte inicial, que dispone: "Cada socio tendrá derecho a que la sociedad le reembolse las sumas que le hubiese adelantado con conocimiento de ella, por las obligaciones que para los negocios sociales hubiese contraído, como también de las pérdidas que se le hubiesen causado". La parte final del texto se refiere a la imputación que deberá hacerse a cada socio en la distribución posterior de esa deuda de la sociedad.

De la redacción de la parte primera transcrita, surge claramente que se acuerda al socio una acción contra la sociedad, ya que, en caso contrario, su derecho sería ilusorio. Ello configura una demostración muy clara de la distinción establecida entre la sociedad y el socio, que coincide con el concepto que de los terceros da el comentado artículo 1711 y con la separación de patrimonios que surge del 1712 y siguientes.

Generalmente, quienes sostienen el principio de la personalidad de las sociedades civiles en nuestro Código agregan, como reafirmación, las disposiciones relativas al nombre contenidas en los artículos 1678 a 1680, pero esto merece alguna observación, por cuanto únicamente puede utilizarse ese argumento respecto a las entidades establecidas fuera del territorio de la República o que tienen allí ligadas relaciones, ya que sobre la hipótesis general de las sociedades constituidas y en funcionamiento en nuestro país, la solución legal parece sostener, más bien, una posición opuesta.

En efecto, este supuesto ordinario está contemplado en el artículo 1678, que expresa: "Los negocios de la sociedad pueden ser conducidos bajo el nombre de uno o más de los socios, con o sin la adición de la palabra compañía". Es decir que, como surge claramente de las palabras textualmente usadas, es, por lo menos, posible la coincidencia entre el nombre de la sociedad y el de alguno o algunos de sus socios. Y aun podría sostenerse con mucho fundamento que esa coincidencia no sólo puede sino que debe existir, ya que, no obstante la redacción potestativa, es aceptable afirmar que la ley no ha previsto que los negocios de la sociedad sean conducidos bajo un nombre de fantasía o una razón social o una denominación diferente del nombre de sus integrantes.

Por otra parte, la interpretación negativa parece hallarse abonada por lo dispuesto al comienzo del artículo 1789, "Ninguna sociedad puede conducir sus negocios en nombre de una persona

que no sea socio", disposición lógica y que tiene en cuenta las consecuencias desfavorables que podrían seguirse en el campo de los negocios de la utilización por una sociedad del nombre de una persona que ninguna vinculación tuviera con ella. De todas maneras, ello no significa necesariamente excluir la posibilidad del uso de una simple denominación de fantasía.

Distinto es, por cierto, el caso de las sociedades establecidas en el extranjero, a que hacen referencia los artículos 1678, en su parte final, y 1680, que, respectivamente, dicen: "(Ninguna sociedad puede conducir sus negocios en nombre de una persona que no sea socio) pero una sociedad establecida fuera del territorio de la República, puede usar en ella el nombre allí usado aunque no sea el nombre de los socios" y "El nombre de una sociedad que tiene sus relaciones en lugares fuera del territorio de la República, puede ser continuado por las personas que han sucedido en esos negocios y por sus herederos, con el conocimiento de las personas, si viven, cuyos nombres eran usados".

Aquí se presenta, efectivamente, el argumento favorable al reconocimiento de la personalidad, al dejarse sentado que la sociedad civil, en los casos determinados que la ley ha tenido en vista, puede utilizar un nombre diferente del de sus miembros, lo cual configura una diferenciación más entre la entidad y sus socios.

Tomados estos artículos por el Codificador del Código de Nueva York, mientras que el 1878 lo fue de la obra de Tropiang, según pone de relieve Segovia, configuran una afirmación más del principio y han tenido en cuenta las necesidades de estos entes que, por sus vinculaciones en el extranjero y el prestigio que pudieran haber adquirido bajo la denominación que siempre usaron, podrían experimentar graves perjuicios si no se les hubiera acordado el derecho de utilizarla en el país o de seguirla empleando a pesar de haber desaparecido quienes les dieran su nombre.

Corresponde analizar ahora la disposición legal que crea alguna incertidumbre en cuanto al tema de la personalidad, el artículo 1713, primera parte, que dice: "Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios".

Esta disposición significa, por lo menos, una diferencia muy importante respecto a la separación de patrimonios entre la entidad y sus miembros, con relación a lo establecido en la parte del Código referente a las personas jurídicas, en el artículo 39, antes mencionado, que dispone: "Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunados con ella".

De ahí que constituye el principal, por no decir el único, apoyo de quienes niegan personalidad a las sociedades civiles. Ante el cúmulo de materiales acumulados en favor de la posición opuesta, es difícil sostener con real fundamento la solución negativa y se hace imprescindible entrar en el campo de la interpretación a efectos de hallar la razón lógica de esta disposición y hacerla encajar en la construcción legislativa.

Una primera explicación se ha referido a la circunstancia de tratar la última parte del artículo de sociedades ya disueltas y liquidadas y ha extendido esta nota a todo el artículo, sosteniendo, entonces, que los acreedores de la sociedad lo serían también de los socios en el supuesto de sociedades ya disueltas.

En primer lugar, se ha señalado que no parece aceptable creer que el codificador hubiera dado un texto tan general para enfocar un problema de índole absolutamente particular, como lo destaca Salvat (T. II, n.º 1420, nota 125) y aunque los defensores de aquella tesis han respondido que la misma objeción cabría hacerla a la parte final del artículo, existen diferencias de redacción evidentes entre uno y otro período del texto y contiene, además la parte inicial una frase, "al mismo tiempo", que desvirtúa el esfuerzo interpretativo.

Siguiendo al maestro Lafaille, se ha sostenido que, en realidad, la responsabilidad de los socios por las deudas de la entidad tiene un carácter accesorio y subsidiario, que aquéllos responden como fiadores, al garantizar las obligaciones de aquélla.

Fundada en el artículo 443 del Cód. de Comercio, esta interpretación tiene rigor jurídico evidente. La dificultad con que tropieza para lograr plena aceptación radica en la frase "al mismo tiempo", ya mencionada con anterioridad y que parecería oponerse al carácter accesorio y subsidiario de la obligación de garantía que el Código habría establecido.

Parece, por consiguiente, necesario ajustar, en cierta manera, esa interpretación, manteniendo su esqueleto fundamental, pero concediendo a la frase comentada todo el valor que tiene.

Para ello, resulta suficiente tomar en consideración los motivos que pueden haber guiado al codificador para apartarse de la solución adoptada en materia de personas jurídicas en general: el fundamento del artículo está en en que, si bien se trata de personas distintas, quienes están dentro de la sociedad civil, los socios, realizan, al través de ella, sus negocios, perciben sus utilidades y soportan sus pérdidas y en que resulta evidente que los terceros, al contratar con la sociedad, tienen en cuenta las personas de sus integrantes, por lo cual puede afirmarse que la responsabilidad de la sociedad es reflejo de la responsabilidad de sus componentes.

Por otra parte, la distinta finalidad que tienen las personas jurídicas en general y las sociedades civiles explica perfectamente

la diferencia de las soluciones: mientras aquéllas persiguen un objeto de bien común, éstas tienen particularmente en mira un propósito de lucro que constituye uno de sus elementos esenciales típicos, y es justo que quien emplea determinado medio para obtener una ganancia responda también por las obligaciones que ese ente contraiga en su vida jurídica.

La circunstancia de existir distribuciones de utilidades en las sociedades civiles, lo que no tiene lugar en el supuesto de las personas jurídicas en general, es un desarrollo más de la idea que viene de apuntarse y que presenta cierto interés para la solución del problema, ya que podría darse el caso que una sociedad no pudiera hacer frente a las obligaciones asumidas en razón de haber efectuado una repartición de ganancias demasiado amplia en relación con sus posibilidades y, si se eximiera al socio de responder por esas deudas de la entidad, se llegaría a la consecuencia, a todas luces injusta, que los terceros que contrataron con ella resultarían perjudicados mientras que los socios gozarían de una ventaja patrimonial adquirida en detrimento de los derechos de aquéllos.

Esta argumentación requiere, sin embargo, una aclaración, o mejor dicho, una limitación, ya que existen entidades a quienes el Código en su artículo 53 reconoce personalidad y que tienen, no obstante, una finalidad lucrativa, como en el caso típico de los bancos, compañías de seguros y sociedades anónimas, en general, pero la explicación surge, precisamente, con toda claridad de la naturaleza y régimen de este tipo de sociedades comerciales, ya que, en ellas, de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio, los socios únicamente responden con el monto del capital que aportaron, es decir que puede mantenerse en su forma integral la separación de patrimonios prevista en el artículo 39.

Hay, pues, un motivo de fondo, dotado de una innegable razón de justicia, para pronunciarse en favor de la solución adoptada por el codificador y limitar el principio general de separación de los patrimonios. Teniendo en cuenta esa razón, debe analizarse la explicación dada por Lafaille y aceptar que los socios son deudores de los acreedores de la sociedad con un carácter de garantes de las obligaciones de ésta y podría asimilarse su situación a la del principal pagador que legisla el Código, al tratar del contrato de fianza.

Determinado el significado de la parte inicial del artículo 1713, aun sin recurrir a la explicación de la sociedad disuelta y liquidada, queda por aclarar si esa disposición podría llegar a tener importancia decisiva para invalidar la conclusión sentada en favor de la afirmación de la personalidad de las sociedades civiles.

Ante los sólidos argumentos acumulados en pro de la tesis afirmativa, no adquiere relevancia la obligación de garantía establecida por el Código en un reconocimiento de un deber de justicia que no podrían eludir los integrantes de una sociedad. La consti-

deración de la situación análoga de una fianza legal sirve como índice elocuente y definitivo.

Pero existe, además, un argumento de verdadero interés que surge de la fuente del artículo 1713, al pie del cual Vélez Sarsfield no incluyó referencia alguna, pero que, como señala Segovia, fué tomado casi textualmente del 3191 del Esbozo de Freitas, que, en su parte inicial, dice: "Los acreedores de la sociedad son al mismo tiempo acreedores de los socios", es decir, exactamente las mismas palabras que el comienzo de nuestro artículo 1713.

Ahora bien, según se recordó con anterioridad, el jurista brasileño atribuyó personalidad a las sociedades civiles y enumeró a éstas como personas privadas de existencia ideal, en el primer inciso de su artículo 278 y desarrolló esa posición en la nota puesta al pie del artículo.

Vale decir que quien inspiró a Vélez Sarsfield interpretó, con claro concepto, que la circunstancia de ser los acreedores de la sociedad acreedores también de los socios no afectaba el principio de la personalidad, sino que lo reglamentaba en base a un fundamento de innegable equidad.

En consecuencia, puede concluirse con certeza que la sociedad civil goza de personalidad en nuestra ley.

Respondida así afirmativamente la primera cuestión planteada, corresponde dilucidar la segunda, o sea que grado de personalidad tiene, con que características le ha sido atribuida.

La primera posición respecto a este tema sostiene que se trata de una personalidad jurídica plena.

En apoyo de esta tesis se citan, principalmente, algunas de las disposiciones antes mencionadas, como el artículo 1702 referente a la titularidad del dominio sobre los bienes aportados por los socios, el 1711, que define el carácter de terceros de los socios en determinados supuestos, el 1712 que concreta la separación de patrimonios.

Frente a esas razones favorables, se han opuesto serias objeciones:

En primer término, cabe recordar esa parte inicial del artículo 1713, que significa, como se ha visto, una excepción trascendental a la separación completa de patrimonios, establecida en el antes recordado artículo 39 en relación a los integrantes de las entidades dotadas de personalidad jurídica.

Por otra parte, se ha recurrido a los artículos 45 y 46. El primero dice que: "Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos..." (la parte final requiere la confirmación de los prelados de la parte religiosa).

Y el 46 establece que "Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin de su instituto". La palabra asociaciones no está tomada en este texto en su sentido estricto sino con el significado de todo ente constituido por individuos, por oposición a fundaciones o establecimientos de bien común.

Las notas a las dos disposiciones transcritas son aún más decisivas, si cabe, que sus textos, y resulta de interés recordar algunas de las expresiones contenidas en ellas.

En la primera, que cita a Savigny, se expresa que "la necesidad del consentimiento del Estado para la formación de una persona jurídica tiene su fundamento en la naturaleza misma del derecho". Y más adelante, "Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorización del Gobierno para crear la persona jurídica".

Aún más elocuente es la nota al artículo 46, que dice: "Queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia, o meramente industriales, sin necesidad de previa licencia de la autoridad pública, como lo exigía el Derecho Romano y el Derecho Español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público; y sus miembros, en sus derechos respectivos o en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales".

O sea, que en nuestro derecho la única manera de hacer nacer la personalidad jurídica es la autorización del Estado; los entes que carecen de tal autorización no la tienen y dado que para constituir una sociedad civil no se requiere intervención alguna de la autoridad pública, ya que ninguna exigencia de esta índole se halla establecida en el articulado pertinente, es evidente que no se trata de personas jurídicas.

También se ha señalado que el objeto de las personas jurídicas es siempre el bien común, mientras que el de las sociedades se refiere al interés privado de los socios y, más aún, a una finalidad lucrativa.

Este último razonamiento carece de fuerza demostrativa ya que igual observación podría formularse, también en este caso, a las sociedades anónimas, cuya finalidad también es lucrativa (y lo es en el más alto grado) y cuyo objeto primordial no es necesario que esté ordenado directamente al bien común, no obstante lo cual el Código les reconoce expresamente personalidad jurídica.

Pero, si este argumento carece de relevancia y el primero, fundado en el comienzo del artículo 1713, podría, como ya se ha visto, ser dejado de lado mediante una consideración sencilla, el segundo, en cambio, el rubro de la autorización de la autorización

del Estado para el nacimiento de una persona jurídica, es de tal fuerza que obliga a descartar totalmente la explicación que pretende calificar de personas jurídicas a las sociedades civiles.

Corresponde ahora analizar la posición de la doctrina que les asigna una personalidad limitada, es decir, les reconoce el carácter de personas, pero niega que lo tengan con plenitud.

Para llegar a esa conclusión desarrolla la argumentación siguiente:

Afirma esta corriente doctrinaria, representada por Salvat, fundándose en los textos legales anteriormente analizados, que las sociedades tienen aptitud para ser propietarias y poseedoras de bienes, que poseen un patrimonio propio y que pueden ejercer actos jurídicos y actuar en la vida civil como entes distintos de sus integrantes.

En resumen, sostiene que aquéllas están habilitadas para adquirir derechos y contraer obligaciones, lo cual constituye, precisamente, la definición misma de personalidad en nuestro Código.

Pero, y aquí aparece la limitación, esa personalidad es limitada por cuanto sólo pueden ejercer su aptitud en el campo de los negocios, no pudiendo, por consiguiente, llegar hasta adquirir bienes por título gratuito ni a poseer derechos de familia, como textualmente dice Salvat, en el número 127 del tomo de su tratado dedicado a la Parte General del Derecho Civil.

No resulta convincente la argumentación, que puede recibir respuesta sólida.

La negación de la aptitud de las sociedades civiles para adquirir bienes por título gratuito no tiene fundamento legal y, tratándose de la determinación de una incapacidad, de acuerdo a los principios universales que en derecho consideran a esta materia como de interpretación restrictiva, sería necesario que la ley la hubiera establecido en forma expresa.

Nada de esto ocurre, en el Capítulo que trata "De los que pueden hacer y aceptar donaciones", cuyo primer artículo, el 1804, dice que "Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que expresamente las leyes dispusiesen lo contrario". Es evidente que las sociedades pueden contratar y, como nada disponen a su respecto los artículos siguientes de ese capítulo, donde se determinan las incapacidades, no es difícil rechazar la pretendida limitación.

Con relación a la falta de aptitud de la sociedad para poseer derechos de familia, puede responderse, igual que en el problema de fondo del análisis de esta doctrina, que lo mismo ocurre en cualquier clase de personas jurídicas, las cuales no tendrían razón ni posibilidad de actuar en el campo de tales derechos.

En general, este planteo de la personalidad limitada es vulnerable a un argumento que señala la analogía de la situación de la

sociedad con la de cualquier persona jurídica: todas ellas tienen su aptitud limitada por las finalidades para las cuales fueron creadas.

En base a esas finalidades se redactan los estatutos de la entidad y en ellos se determina el ámbito en el cual está habilitada para desarrollar sus actividades, pudiendo afirmarse que las disposiciones de aquéllos establecen en todos los casos ciertas limitaciones.

A esto, que se aplica universalmente a cualquier persona jurídica, se agrega que la autorización estatal que habilita para actuar a determinada asociación, al acordarle la pertinente personería, solamente es concedida a efectos de que aquélla pueda desenvolver su vida jurídica en el campo determinado por su instrumento constitucional, el estatuto.

De donde resulta que, llevando a fondo el análisis, puede alcanzarse con certeza una conclusión indiscutible: toda personalidad jurídica es esencialmente limitada.

No puede aceptarse, por consiguiente, la explicación que circunscribe ese carácter de personalidad limitada a las sociedades civiles.

Queda, entonces, por analizar la explicación que las califica como personas de existencia ideal.

El fundamento de esta interpretación radica en una distinción entre personas de existencia ideal y personas jurídicas: estas últimas habrían sido legisladas en el libro primero del Código, mientras que aquéllas serían precisamente las sociedades civiles y comerciales.

La clave para determinar la exactitud de este fundamento está en el estudio de las fuentes que tuvo el Código: si la fuente fué Freitas, la interpretación quedaría abonada por un argumento favorable de evidente trascendente; si, por el contrario, se llegara a desechar al autor del Esbozo como inspirador en esta parte, la tesis perdería parte de su fuerza de convicción.

El artículo 33 del Código adquiere así una particular relevancia. Su texto es el que sigue: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no sean personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas".

El problema radica en establecer si el codificador mediante los dos últimos períodos del artículo quiso especificar una sinonimia entre los términos "de existencia ideal" y "jurídicas", o bien sí, por el contrario, fue su intención señalar una distinción entre dos categorías diferentes de entidades.

Al pie del artículo no hay referencia alguna, pero, como ocurre de ordinario en casos análogos, la obra de Freitas ha estado

presente cuando Vélez redactaba la disposición. Segovia así lo señala e indica los artículos 272 y 273 del Esbozo.

Si se acepta esta indicación del gran comentarista argentino, la batalla está ganada por los defensores de la tesis de la personalidad de existencia ideal de las sociedades; si se rechaza y se sostiene que la fuente fue únicamente el artículo 272, otra es la posición, aunque el resultado no aparece tan decisivo.

Dice el artículo 272 del Esbozo: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal". Al pie de este artículo se encuentra la célebre nota en que Freitas destaca que por primera vez se incluye un ordenamiento sistemático referente a las personas de existencia ideal, analiza la terminología y las calificaciones del caso, etc.

Y el artículo 273 expresa: "Las personas de existencia ideal, o son públicas o privadas. Las públicas tienen en este Código la denominación de personas jurídicas". En la nota correspondiente, Freitas insiste en la necesidad de dar la denominación de personas jurídicas a una de las categorías de personas de existencia ideal y se remite a lo expuesto por él mismo en la nota al artículo 17, en todo lo cual ha seguido la inspiración de Savigny.

La enumeración posterior de las personas jurídicas coincide (artículos 274 a 276) con la del artículo 33 de nuestro Código, donde nada se dice sobre otra clase de personas, mientras que el Esbozo enumera, a su vez, a las personas privadas de existencia ideal en el ya mencionado artículo 278, que incluye, en su primer inciso, a las sociedades civiles y comerciales, según ya se indicó, y menciona después a las herencias yacentes y las representaciones.

En base a la supresión de esta parte hecha por Vélez, ya que resulta evidente que en nuestro derecho las herencias yacentes y las representaciones carecen de personalidad, se ha sostenido que el codificador se apartó del modelo y que, por lo tanto, el artículo 33 ha querido significar que existe un solo tipo de personas de existencia ideal, las jurídicas.

Sin embargo, parece más exacta la interpretación de Segovia cuando señala como fuentes de nuestro artículo 33 las dos disposiciones del Esbozo, lo que es congruente con lo dispuesto por el artículo 46, anteriormente citado, y que abre la posibilidad de la existencia de sujetos de derecho que no serían personas jurídicas.

La fuente de esta última disposición es también la obra de Freitas, cuyo artículo 308 dice: "Si cualquier corporación no tuviera existencia legal como persona jurídica, será considerada como simple sociedad civil o comercial, según el fin de su institución; salvo cuando fuese de la clase de las sociedades prohibidas, o de cualquier modo se opusiere al bien público, a la moral o a las buenas costumbres".

Esta redacción del modelo resulta incuestionablemente más clara, pero de cualquier manera la referencia a la fuente sirve para interpretar, una vez más, el pensamiento del codificador y la inspiración que lo guió: Vélez Sarsfield siguió en esta materia al Eshboço, apartándose sólo en algunos aspectos parciales.

En el tema de la personalidad de existencia ideal, suprimió la atribución de tal cualidad a las herencias yacentes y a las representaciones y, debido a ello, en ningún otro lugar del Código se encuentra referencia alguna a que puedan ser consideradas como sujetos de derechos y obligaciones.

En cambio, las sociedades, como ya se ha puesto de relieve al analizar las disposiciones legales pertinentes, aparecen en circunstancias muy claras y definidas como verdaderas personas y con ellas, precisamente, se integra la categoría de la de existencia ideal que no son personas jurídicas.

Esta parece ser la interpretación adecuada.

En resumen, cabe afirmar que las sociedades civiles son, en nuestro Código, personas, susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones y que su personalidad entra en la categoría de las personas de existencia ideal que no son personas jurídicas.

La jurisprudencia ha reconocido la personalidad de las sociedades civiles en numerosas ocasiones: pueden citarse los fallos publicados en J. A., 12-189; 13-762; 20-424; 29-475, etc., y en *La Ley*, 2-1611; 26-716; 51-158; 60-406; 70-447, etc. Como caso excepcional pueden mencionarse una sentencia de la Cámara Civil, J. A., 42-602, en la que les fue negado el carácter de personas.

Es interesante recordar que, en Francia, donde los textos del Código Napoleón no permiten llegar a una conclusión tan definida como en nuestra ley, la jurisprudencia debió abocarse al estudio del tema y, tras diversas soluciones contradictorias, coincidentes con posiciones doctrinarias también encontradas entre sí, el asunto fue resuelto en forma definitiva por la Corte de Casación en 1891.

Como consecuencia de esa posición, y a efectos de tornar más precisa la consideración legal, se propuso en el año 1855 por un proyecto que mereció la aprobación del Consejo de la República y pasó a la consideración de la Asamblea Nacional, un agregado al artículo 1832 del Código Civil Francés, que dijera: "Este contrato hace nacer una persona civil distinta de la de sus socios".

El reconocimiento de la personalidad de las sociedades produce una serie de consecuencias jurídicas de importancia, entre las cuales cabe señalar, tomando dos ejemplos citados por Moreau, en su obra sobre "Les Sociétés Civiles", que la sociedad tienen un domicilio y allí debe ser dirigidos los requerimientos legales del caso, que los derechos de los socios revisten carácter mobiliario, aun cuando el patrimonio de la sociedad estuviere constituido úni-

camente por inmuebles y que la prescripción no se suspende frente al ente social por la minoridad de sus integrantes.

Esto demuestra que, aparte del indudable interés doctrinario que la elucidación del tema presenta, existe también una importante repercusión práctica que se desprende de las conclusiones a que se llegue en su estudio.

VII. — LÍMITES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

La naturaleza misma del contrato de sociedad y la circunstancia de ser fuente de obligaciones y, además, origen de un sujeto de derechos, han llevado al codificador a determinar, en una enumeración particular, una serie de cláusulas, algunas prohibidas, otras permitidas expresamente, que configuran los límites dentro de los cuales puede desenvolverse la libertad de quienes desean vincularse por medio de esta figura jurídica.

En realidad, se trata de una serie de previsiones que son consecuencia de principios generales sobre los actos jurídicos, sobre los contratos en general y sobre el de sociedad en particular. Por consiguiente, podría sostenerse su inutilidad, ya que surgirían por sí mismos del análisis de esos principios, pero parece acertada la técnica elegida por el codificador, que ha significado la eliminación de problemas de interpretación, que hubieran podido presentarse con cierta frecuencia en el terreno práctico.

En el Código Francés, antecedente del nuestro en muchos pasajes relativos al contrato de sociedad, no existe una enumeración semejante y la referencia de Vélez, en la nota puesta al pie de los artículos 1653 y 1654, al artículo 1855 de aquella ley remite a una disposición que enfoca el caso particular de la sociedad leonina, en sus dos aspectos, el de eliminación de un socio de la participación en las utilidades o de la contribución a las pérdidas que pudieran producirse, convenciones que sanciona con la nulidad.

La enunciación contenida en los artículos 1653 y 1654, que determinan en conjunto los límites de la libertad de las partes, ya que uno se refiere a las cláusulas prohibidas y el otro a las permitidas y que parece, por consiguiente, oportuno comentar conjuntamente, así como Vélez los vinculó al dedicarles una sola nota a ambos, tiene otra fuente, el Esbozo.

Sin embargo, en esa nota conjunta, se hallan abundantes referencias a comentaristas del Código Napoleón, ya que se cita a Troplong, a Aubry y Rau y a Duranton, además de mencionarse a los Códigos Napolitano, de Vaud, Holandés, Austríaco y Prusiano y a textos romanos y del antiguo Derecho Español.

Esa mención de los comentaristas del Código Napoleón, que Segovia completa aún más, al recordar a Pont, es lógica, ya que, a pesar de la carencia de normas análogas en aquella ley, sus estu-

diosos llegaron, mediante su habitual trabajo de exégesis e interpretación, a conclusiones muy aproximadas al contenido de nuestro texto legal, por la razón antes apuntada respecto a su carácter de consecuencias de principios más generales.

No obstante, la fuente directa es, tal como se anticipara, la obra de Freitas en las disposiciones que integran el acápite "De las cláusulas del contrato de sociedad" (artículos 3055 a 3063). El codificador argentino refundió en dos los artículos que integraban tal división del Esbozo, mejorándolo desde el punto de vista metodológico, tal como hiciera, por otra parte, en muchos otros lugares de su obra.

El artículo 1653 sanciona con la nulidad una serie de estipulaciones que se analizan a continuación ("Serán nulas las estipulaciones siguientes...," dice textualmente el comienzo de la disposición):

"1.º — Que ninguno de los socios pueda renunciar a la sociedad, o ser excluido de ella, aunque haya justa causa;"

Están contenidos en este inciso dos derechos recíprocos, de la entidad el uno, del socio el otro, que hacen a la esencia misma de la conducta humana tal como el derecho debe tomarla en consideración.

Si se aceptara la validez de la cláusula que eliminara la posibilidad de excluir a un socio cuando hubiera para ello razón que la justifique, se estaría autorizando la dispensa del dolo, que la sociedad se estaría obligando desde su nacimiento a acordar en las hipótesis que pudieren llegar a presentarse durante la vida de la empresa.

También podría llegar a acordarse, por vía de la admisión de esa estipulación, la facultad del contratante para mantener su calidad de socio con todos los derechos que de ella se derivan sin dar cumplimiento a su obligación esencial de aportar, con lo cual podría llegar a desvirtuarse en su nota más esencial la naturaleza misma del contrato.

Ante esa prohibición impuesta a la sociedad de despojarse frente a sus integrantes de un derecho esencial, el inciso ha impedido también que el socio precinda de una facultad suya, que también es fundamental: si se admitiera que el socio pudiera privarse de la posibilidad de retirarse de la entidad cuando existiera para ello causa justificada, estaría enajenando algo que hace a la persona misma, su libertad, eliminando la cual se desnaturalizaría no sólo el contrato de sociedad sino a la institución contractual en sí misma y en su más íntima substancia.

Es necesario insistir sobre el requisito de la justa causa que la disposición apunta, ya que la renuncia que no la tenga, sea de mala fe o intempestiva, está, por el contrario, expresamente excluida por la ley misma, con consecuencias distintas en cada uno de esos supuestos.

El inciso 2º expresa: "Que cualquiera de los socios pueda retirar lo que tuviese en la sociedad, cuando quisiera":

La previsión de este inciso resulta imprescindible para asegurar la vida misma del contrato y su esencia: la sociedad puede constituirse o bien por un plazo determinado, o bien para el cumplimiento de un negocio o de una serie de actividades. En el primer caso, corresponde aplicar los principios generales sobre las obligaciones a plazo, de manera que no requiere aclaración ninguna.

Respecto a la formada para la realización de un negocio concreto, también se hace claro que no sería admisible que quienes se comprometieron a sumar sus esfuerzos para llevarlo adelante, pudieran negarlo retirando su apoyo cuando lo consideraren conveniente.

Con relación a la tercera hipótesis, entra a jugar, precisamente, la regulación de la renuncia intempestiva, que confirma lo dispuesto en el artículo, ya que pactar una cláusula como la prohibida en él implicaría destruir toda aquella regulación.

Por otra parte, en todos los casos debería tenerse en cuenta para justificar la posición de la ley la reglamentación del aporte y las consecuencias que, en las diversas oportunidades, se presentarían.

Si quien pretendiera reservarse la facultad de retirarse de la entidad fuera un socio industrial, al dejar de cumplir con las obligaciones de hacer pactadas, podría provocar la paralización total de las actividades de la empresa. Cabe recordar aquí que el artículo 1759 da a cualquiera de los socios el derecho de disolver la sociedad en caso de muerte del socio industrial, lo que ratifica la importancia que, con acertado criterio, atribuyó el codificador al aporte de esta clase de miembros.

Si fuera un socio capitalista cuyos aportes consistieran en el uso y goce de bienes, la privación de su utilización, en el desarrollo de las actividades de la sociedad, impediría el desenvolvimiento que fuera tenido en mira al contratar y, por consiguiente, se desvirtuaría lo acordado que, en esencia, quedaría incumplido.

Si se tratara de aportes consistentes en el dominio de las cosas, la situación resulta aún más clara, por cuanto habría existido una transferencia de propiedad sobre esas cosas y el traspaso de ese derecho real no podría ser dejado sin efecto por la sola voluntad unilateral del socio, lo cual se opondría, en primer término, a la regulación directa de la sociedad como persona y la separación de patrimonios que ella trae aparejada e, inclusive, a los principios más generales y elementales del derecho, definidos en materia de dominio.

El inciso 3º dice: "Que al socio o socios capitalistas se les ha de restituir sus partes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias".

Esta previsión legal no requiere comentario extenso, ya que la inclusión de una cláusula como la prescrita por este inciso importaría la posibilidad de que alguno, o algunos, de los socios no compartieran los riesgos de la empresa, lo que significaría la ausencia de uno de los requisitos esenciales del contrato mismo.

Sería una de las hipótesis de sociedad leonina expresamente prohibida desde largo tiempo atrás, y que, como ya se comentara, motivó una grave preocupación de Pothier, que tuvo reflejo en el Código Napoleón, cuyo artículo 1855 castiga con la nulidad a la convención que liberara a cualquiera de los socios de "contribuir a las pérdidas con las sumas o los bienes aportados al fondo social".

Nada se opone, en cambio, a la fijación de participaciones diversas, tanto en el supuesto de utilidades como de pérdidas: la proporción a fijar es libre; no lo es la necesidad de participar.

El 4º: "Asegurar al socio capitalista, su capital o las ganancias eventuales".

El comentario formulado al inciso anterior es aplicable en esta hipótesis, por cuanto se trataría también de un caso en que el capitalista no participaría de los riesgos.

El 5º: "Estipular en favor del socio industrial una retribución fija por su trabajo, haya o no ganancias".

El caso es análogo al anterior pero referido al socio industrial en lugar del capitalista, ya que la frase "haya o no ganancias" implica la eliminación del riesgo y puede, por consiguiente, reducirse la hipótesis a las anteriormente tratadas, con el único cambio referente al sujeto.

Por otra parte, al establecer una retribución fija por el trabajo del socio industrial, se llegaría a un apartamiento del concepto fundamental del contrato de sociedad, para entrar en el ámbito de la locación de servicios.

Es interesante recordar aquí el desarrollo efectuado por Blaise, en su referida obra, en que, según las varias categorías de aporte, se produce una aproximación a figuras contractuales diversas: así el aporte de bienes en propiedad se acerca a la compra-venta, la de bienes en uso y goce a la locación de cosas y la industria a la locación de servicios.

En la posición que analiza, la sociedad sería un contrato complejo, donde la realización del aporte constituiría una convención básica que lo integraría, pero no significaría cambio alguno en los requisitos fundamentales de la figura en su integridad, que se seguiría regiendo por las normas que se son propias.

El artículo 1853, cuyos diversos incisos vienen de ser contemplados, limita, pues, la libertad contractual de los socios, privándoles de incluir en las convenciones las cláusulas mencionadas. A continuación de él, como ya se anticipara, Vélez Sarsfield prefirió enumerar, a efectos de hacer más claro el panorama, otra serie

de cláusulas, a las cuales, en cambio, las declaró expresamente permitidas, refundiendo así las dos disposiciones el cuadro completo que Freitas había desarrollado con tanta amplitud.

El comienzo del artículo 1654 declara, por consiguiente, que: "Son válidas las estipulaciones siguientes:" y sigue la enumeración.

Inciso 1º: "Que ninguno de los socios perciba menos que los otros, aunque su prestación sea igual o mayor;"

Esta previsión de la ley viene a confirmar lo que se dijo anteriormente respecto a la posibilidad de distribuir utilidades o pérdidas en proporción diferente de la que surge de los respectivos aportes de los integrantes de la sociedad y se vincula muy estrechamente con lo dispuesto en el inciso 5º de este mismo artículo, que declara aceptable que esa proporción difiera entre utilidades y pérdidas.

También está relacionado directamente con el artículo 1778, ubicado en el capítulo XI, de la liquidación de la sociedad y de la partición de los bienes sociales, que expresa: "Las pérdidas y ganancias se repartirán de conformidad con lo pactado. Si sólo se hubiese pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas. A falta de convenio, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas, será en proporción a lo que hubiere aportado a la sociedad".

Todo lo cual confirma que la exigencia de la ley radica en la participación en las utilidades o en los quebrantos pero que existe amplia libertad para pactar las proporciones de esa participación, siempre que no se llegue al acto simulado, que desvirtúa el contrato.

Es interesante recordar que Freitas, al redactar el artículo 3602, inciso 3º, análogo al inciso 5º de nuestro 1654, le agregó como parte final la siguiente mención, "a menos que haya simulación o fraude respecto a lo dispuesto en el artículo 3058, inc. 3º", que se refería a las cláusulas prohibidas. Con ello, el autor del Esbozo estuvo más expreso, pero parece evidente que, aunque Vélez no haya usado igual expresión, la aplicación de los principios fundamentales lleva a idénticos resultados.

El inciso que sigue es, probablemente, el que ha dado lugar a mayores dudas y disquisiciones doctrinarias. Dice: "2º Que cualquiera de los socios tenga derecho alternativo, o a una cantidad anual determinada, o a una cuota de las ganancias eventuales";

Considerado en su redacción literal, el texto parece chocar con los principios generales referentes al contrato de sociedad, lo cual exige que se le someta a un análisis más detenido a efectos de darle la interpretación correcta.

Lafaille señala que la entrega de una suma periódica fija a uno de los componentes sólo sería admisible si se tratara de socios capitalistas y aun esto con sujeción a las pérdidas. Es evidente que si así no fuere se violaría lo dispuesto expresamente por el artículo 1653, inciso 5º, y lo establecido, asimismo en cuanto al aporte y a la participación del socio industrial en las pérdidas de la empresa, ya que éste únicamente pierde el trabajo prestado, según dispone el artículo 1779, que dice: "Si el socio industrial se hubiese obligado como los otros socios a dividir las ganancias o pérdidas, se entenderá que su pérdida es sólo de la industria que puso". Por consiguiente, si recibiera una suma prestablecida por su tarea, habría recibido una remuneración y nada habría perdido.

Por otra parte, se ha indicado que sería una cláusula permitida por el codificador a efectos de no cerrar totalmente la posibilidad de constituir una sociedad a personas que necesitaran asegurarse para su subsistencia una cantidad mínima de la que no podrían prescindir por su situación financiera particular. Para tales supuestos, se dice, el codificador, sin dejar de imponerles una participación en las pérdidas, esencial para que exista el contrato de sociedad, les ha acordado la posibilidad de optar entre la seguridad de la cantidad fija o determinada o la participación que se hubiese previsto en el contrato.

La explicación, aunque plausible en cuanto a la razón de solucionar una necesidad práctica y aun de un enfoque en cierto sentido justo, no resulta totalmente satisfactoria desde el punto de vista de una estricta valoración jurídica y requiere ser completada.

Ese complemento que falta consiste en especificar que tal derecho alternativo únicamente podría tener lugar en caso de existir ganancias.

Así surge de las fuentes y los inspiradores del Código.

Freitas, fuente directa del inciso, dió igual redacción textual al inciso 8º de su artículo 3062, pero cabe destacar que el encabezamiento de esta disposición se refiere a las estipulaciones que libremente se pueden acordar respecto a las utilidades, vale decir que solamente tiene relación con el caso de existir ganancias. En nuestro Código, se ha omitido ese comienzo en la disposición debido a que Vélez Sarsfield refundió en un solo artículo las varias disposiciones en que el Esbozo consideró a las cláusulas que los socios podían válidamente incluir en los contratos sociales.

A título complementario, puede observarse que la situación de quienes requiriesen la seguridad de una entrada periódica fija fue considerada por el jurista brasileño en otra parte del mismo artículo, el inciso 4º, donde hizo la salvedad de considerar el tema teniendo en cuenta, inclusive la circunstancia de no existir utilidades, ya que dice: "Que tenga derecho, aún no habiendo utilidades, de percibir periódicamente una cantidad determinada; con

tal que el aporte quede sujeto a las pérdidas". Se trataría, por consiguiente, de los llamados retiros a cuenta, cuyos importes no quedarían definitivamente adquiridos por el socio, sino que seguirían sometidos a las vicisitudes de la actividad societaria.

A la misma conclusión se llega si se analiza la obra de Pont, que comentando el artículo 1835 del Código Napoleón, estudia precisamente la posibilidad de incluir una cláusula análoga a la permitida por el inciso que se está comentando.

Afirma el jurista francés que una convención semejante no caería dentro de la prohibición genérica del artículo 1835 que castiga a las sociedades leoninas. Se refiere, en su acopio de antecedentes, a un texto de Ulpiano, que no la consideraba ilícita, ratifica su convicción respecto a la validez de la previsión y hace jugar un argumento relacionado con los riesgos de la empresa que los asociados deben afrontar y que sirve para calificar cualesquiera disposiciones de un contrato social.

En ese sentido, destaca que si la suma determinada en base a la proporción establecida para la participación del socio, puede resultar demasiado elevada en relación con las utilidades de los demás integrantes, esa posibilidad está balanceada por su contraria, es decir, que, en otras circunstancias, la suma fija sea pequeña en relación con las ganancias de los demás. Y en esto ve, precisamente, el recto juego de los conceptos referentes al riesgo.

Pero, de todas maneras, lo interesante es la base con que Pont considera el tema, o sea la existencia de utilidades como presupuesto indispensable para la aplicación de la cláusula, con lo cual queda confirmada la asseveración anteriormente hecha. Si no hubiera ganancias, las sumas fijas percibidas por el socio quedarían como retiros a cuenta y deberían ser imputados a utilidades sayas en el futuro, o bien restituidas si tales beneficios no llegaran a producirse.

También el inciso siguiente merece alguna observación: dice: "(3) Que la totalidad de las ganancias, y aún de las prestaciones a la sociedad, pertenezca al socio ó socios sobrevivientes".

Es el caso de las tontinas, muy comunes en la sociedad medioeval y de comienzos del renacimiento. Se trataba de verdaderas sociedades de seguros mutuos, donde se efectuaban aportes periódicos, que iban quedando a favor de los sobrevivientes a medida que iban desapareciendo los constituyentes iniciales. También se podía pactar que la distribución entre los sobrevivientes se hiciera al cabo de un cierto tiempo determinado en relación de constitución de la entidad o con la reducción de los socios a un número preestablecido.

Es bastante discutible que las tontinas constituyan sociedades con los requisitos establecidos en el Código Civil, ya que interviene un elemento aleatorio que nada tiene que ver con la vida de la

empresa y sus actividades, sino que se vincula con la duración de la existencia de los socios. Por otra parte, así parecía entenderlo Vélez en la nota al artículo 1648, cuando al comentar el requisito esencial del propósito de lucro, que es la médula misma de esa nota, afirmaba, "lo mismo decimos de las convenciones tan comunes, de hacer aprovechar a los sobrevivientes de lo que hubiesen puesto los que primero murieron, pues que no hay entre los asociados división de beneficios". Y la frase "lo mismo decimos", se refiere al caso de los seguros mutuos mencionados inmediatamente antes y respecto al cual afirmó que "no forma la sociedad del derecho Civil".

Este inciso, que Vélez tomó del 10 del artículo 3062 del Esbozo, mereció un comentario de Segovia que coincide con lo que se ha expuesto, ya que dice, textualmente, "Consideramos más jurídico y en armonía con la definición de la sociedad, que estas convenciones no constituyan tal contrato, como se dice en la nota al artículo 1650 (en la numeración de la obra de Segovia corresponde al 1648). Troplong, n.º 646, hace estériles esfuerzos para sostener que el contrato conserva el carácter de sociedad".

La exactitud de la crítica del jurista argentino es indiscutible, pero, a pesar de ella y aun del contenido de la nota del artículo 1648, la mención expresa hecha en este inciso 3.º del 1654 obstaculiza cualquier esfuerzo que, por vía de interpretación y aplicando principios jurídicos de innegable vigencia, pudiere llegar a privar de la condición de sociedades civiles a las tontinas u otros contratos análogos.

Inciso 4.º) "Que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, ó que el socio ó socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándose una cantidad determinada".

Es una cláusula usual, cuya finalidad es asegurar la continuidad del ente social impidiendo que por la tramitación de la sucesión de un socio y las decisiones que sus herederos adoptaren, pudiese llegar a afectarse la actividad societaria, con perjuicio evidente para la empresa y sus miembros.

Vélez acordó particular importancia al aspecto de la voluntad de los interesados en el caso de muerte de algún socio y posible continuación de la sociedad entre sus herederos y los socios sobrevivientes, motivo por el cual incluyó el artículo 1670, que dice: "No tienen calidades de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros no consintiesen en la sustitución; ó si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero".

La nota a esta disposición legal es curiosa y expresa: "No encontramos en ningún Código la condición, "aceptada por el

heredero', es decir, que aunque el contrato de sociedad establezca que el heredero ha de entrar en la sociedad en lugar del que lo instituye, debe entenderse si él quisiera ser socio'. El párrafo ó artículo 1285 del Código de New-York, publicado el año 1865, casi es igual al nuestro, y en él se lee el siguiente principio: "Nadie puede ser socio por herencia o de otra manera contra su voluntad". Y, luego, menciona antecedentes recogidos en igual sentido entre los textos del Derecho Romano, reproducidos también en las Partidas.

Es evidente, por lo tanto, la preocupación del codificador por asegurar la continuidad de la sociedad y evitarle las consecuencias que pudieren resultar en detrimento de sus actividades de la transferencia de derechos sociales por causa de muerte de sus miembros. Y también lo es el deseo de respetar la voluntad personal de los socios y de sus herederos.

Dentro del inciso que se está comentando, no se encuentra comprendido el supuesto de designarse de antemano al constituir la sociedad, o durante el desarrollo de la actividad social, la persona que, entre los herederos del asociado, ha de sucederle en sus derechos sociales, si llegare a producirse su deceso.

Este supuesto reviste caracteres especiales y ha motivado, sobre todo en Francia, donde se hizo relativamente común la convención de este tipo, una amplia construcción doctrinaria y jurisprudencial, que ha llevado, en última instancia, a su proscripción, por entenderse que se violan principios generales vigentes en el campo de la sociedad y aun en el campo contractual en general.

Respecto a ella, puede verse el artículo de Jean Gayenet titulado "La clause statutaire de continuation d'une société avec l'un des héritiers d'un associé prédécédé", en que se llega a la conclusión que, en el estado actual de la legislación, una cláusula de tal especie sería nula. A su respecto, podría sostenerse que afectaría las normas de distribución establecidas en el Código y la igualdad que se ha previsto que debe existir entre los sucesores universales e, inclusive, cabría afirmar que queda afectada la prohibición de contratar sobre herencias futuras.

Con el caso legislado en este inciso 4°, se vinculan los artículos 1760, 1761 y 1762, que se refieren a la situación que se plantea en la sociedad cuando fallece alguno de sus miembros. Dice el 1760, "Continuando la sociedad después de la muerte de alguno de los socios, la partición con sus herederos se fijará el día de la muerte del socio, y los herederos de éste no participarán en los derechos y obligaciones ulteriores sino en cuanto sea una consecuencia necesaria de operaciones entabladas antes de la muerte del socio al cual suceden". El 1761, expresa, "Lo mismo se observará aún cuando se hubiese convenido en el contrato social que la sociedad continuaría con los herederos, a no ser que estos y los otros socios conviniesen entre ellos continuar la sociedad". Y,

finalmente, el 1762, estatuye, "Los negocios pendientes de la sociedad continuarán con los herederos del socio muerto".

El inciso 5º dice: "Que consistiendo la prestación de algún socio en el uso o goce de una cosa, la pérdida de los bienes de la sociedad quede a cargo sólo de los otros socios".

En su contenido textual, esta disposición resulta inaceptable por oponerse a los principios esenciales del contrato de sociedad, ya que parecería desprenderse que sería suficiente que el aporte de un socio consistiera en obligaciones de dar el uso y goce de algunos bienes para que ese integrante de la sociedad pudiese eximirse la participación en las pérdidas, que tantas veces ha recalcado el codificador como esencial en esta convención.

Se hace, entonces, indispensable interpretar el verdadero sentido de la disposición y, para ello, una vez más, es conveniente ocurrir a la obra de Freitas, en cuyo artículo 3063 inciso 2º se encuentra la fuente de aquélla y que dice: "Que siendo el aporte de uso y goce, la pérdida de los bienes que lo integran quede a cargo del otro o de los otros socios".

Mediante la inserción de una mención como la prevista, el socio limita sus posibilidades de pérdida en cuanto al bien aportado al uso y goce del mismo, y evita la posibilidad de responder también con una parte alícuota del valor del mismo en caso de destrucción del bien por cualquier causa.

La participación del socio en las pérdidas sigue siendo efectiva por cuanto comprende el uso y goce y sólo es diferente de la que correspondería a los demás integrantes, en todo lo cual hay una aplicación más del principio ya comentado que establece la posibilidad de dividirlos en las proporciones que los socios consideraren convenientes, aunque no sean iguales ni guarden relación con el valor de los respectivos aportes.

El mismo espíritu informa el último inciso del artículo 1854, el 6º, que dice: "Que cualquiera de los socios no soporte las pérdidas en la misma proporción en que participa en las ganancias".

He aquí la enunciación misma del principio que inspira a los incisos 1º y 5º que ya fueron comentados y que se refleja, como también se señalará en el artículo 1778. La posición de Vélez es ponderable, ya que revela una inteligente elasticidad para legislar el problema de las proporciones en las participaciones en los resultados de la empresa, que permite a los socios tomar en cuenta factores, que no se reflejan exactamente en el aspecto matemático de las relaciones de valores pecuniarios.

Sin embargo, las desproporciones no podrían ser tales que desvirtuaren los principios básicos de la sociedad y la transformaren en una convención a título oneroso aparente que, en la realidad, estaría encubriendo una liberalidad o una remuneración a un invisible aporte de influencia.

Corresponderá en cada caso que el magistrado que deba sentenciar en relación con alguna sociedad donde se haya establecido una cláusula de participación desigual entre los socios, proceda a analizar el problema a fin de determinar si reúne los caracteres esenciales del contrato o si éstos están desvirtuados y se pronuncie en consecuencia.

Es de notar que, al pronunciarse, podría resultar que no declarare necesariamente la nulidad del contrato, sino que le atribuyere validez pero dándole la calificación que, verdaderamente, correspondiere, pues sería posible que no pudiera funcionar como sociedad, pero fuera válido como acto de liberalidad.

VIII. — ESPECIES DE SOCIEDADES.

La clasificación de las sociedades puede efectuarse según criterios diversos, de los cuales los que han recibido consagración legal o apoyo doctrinario se refieren principalmente a la amplitud de lo aportado por los socios en relación con su respectivo patrimonio, o a la naturaleza de los actos que la entidad ha de llevar a cabo.

De acuerdo al primer módulo, las sociedades se distinguen en universales y particulares; conforme al segundo, en civiles y comerciales.

1. — Sociedades universales y particulares

En doctrina, esta clasificación reviste un interés evidente y son contados los autores que omiten hacer referencia a ella; en materia legislativa o de legislación positiva, no ocurre lo mismo, ya que algunos Códigos le dedican cuidadosas reglamentaciones, mientras que otros sólo la mencionan para proscribirla.

Ejemplo de legislación que las tiene en cuenta y regula sus condiciones y efectos es el Código Napoleón; de la posición opuesta, lo es nuestro Código Civil.

Cabe recordar lo dispuesto, sobre este tema, por el artículo 1651, analizado ya anteriormente, al estudiar el requisito esencial del aporte y las características que debe revestir. Dice textualmente: "Es nula la sociedad de todos los bienes presentes y futuros de los socios, o de todas las ganancias que obtengan...". Y termina abriendo la posibilidad de aportar la totalidad de los bienes que el socio posea en el momento de constituir la sociedad, siempre que los designe individualmente, y lo mismo en relación al aporte de las ganancias, que deberán ser de negocios ciertos y determinados.

La nota puesta al pie de esa disposición legal contiene un decidido alegato de Vélez Sarsfield en favor de la posición elegida.

Menciona como fuente directa al Código de Chile y pasa luego revista a los Códigos más en boga en su época, señalando que los Códigos Francés, Sardo, de Luisiana y Napolitano admiten las sociedades universales, mientras que los de Prusia, Vaud y Holanda las rechazan y, tras haber transcrito los pertinentes textos de estos últimos, concluye con la frase tan comentada, "Nosotros no admitimos sociedades de capitales inciertos".

Ante la postura adoptada en nuestra ley positiva, la clasificación de las sociedades en particulares y universales y el análisis relativo a éstas, presenta un interés exclusivamente doctrinario.

Por otra parte, aun entre los comentaristas del Código Francés, es común encontrar quienes señalen que también allí las disposiciones referentes a las sociedades universales tienen escasa justificación dentro de un texto legal y que fueron incluidos en él, simplemente, porque reproducían el contenido de la obra de Pothier, revistiendo, por consiguiente, un carácter de verdadero comentario más que de una disposición estrictamente de legislación positiva. Así, justificadamente lo afirma Pont.

También es oportuno señalar que, aun en esas legislaciones donde se les ha dado cabida, las sociedades universales han sido tratadas con un sentido restrictivo, limitando su campo de acción, disponiendo que no puedan transponer ciertos mojonos en su aspecto de universalidad y tendiendo, en todos los casos, a interpretar los preceptos que se les dedican, como las disposiciones de sus respectivos contratos sociales, en la manera menos favorable a su amplitud.

Hay en esto un reflejo de la época que (sin suscribir por esto las afirmaciones de la escuela histórica) rige las normas jurídicas exigiéndoles que se adapten a sus necesidades para cumplir acabadamente sus finalidades esenciales y resulta evidente que, en la actualidad, las sociedades universales están desplazadas, han perdido vigencia y son más un objeto de curiosidad y de investigación histórica que una realidad que requiera ser legislada.

El mismo Pont destaca que, así como la búsqueda de la ganancia, del fin lucrativo puede interpretarse como uno de los signos de los tiempos contemporáneos, también cabe juzgar como otra de sus notas distintivas, a la tendencia al desarrollo de la actividad individual y la consiguiente independencia.

Si bien es innegable que, desde que escribió el estudioso continuador de Marcadé hasta nuestros días, el individualismo se ha atemperado y no reviste hoy los caracteres excluyentes y dominadores que tuvo en la pasada centuria, no por eso ha perdido su preponderancia y hasta podría decirse que, en esta materia, se ha afirmado aún más; ha cedido posiciones frente a un sentido social, de reconocimiento de derechos comunitarios, de protección al débil, de seguridad de la voluntad, hasta de sentido moral, pero de ninguna manera ha dado un paso atrás en cuanto a la posición

de abandono de estas sociedades universales que tendían a vincular a las personas con lazos integrales y tan sujetos que prácticamente no podían desatarse.

Y es evidente que, aun en los países donde son permitidas, las sociedades universales no tienen prácticamente vigencia y se van haciendo cada vez más raras.

Así se está extinguiendo un tipo de entidades que venía desde el Derecho Romano y que va dejando de tener sentido; la realidad ha dado la razón al codificador argentino.

Sin embargo, en un plano doctrinario, siempre resulta interesante observar aunque sea muy brevemente las características que presentan en sus diversos tipos. Aunque se pueden señalar, en último análisis, tres clases diferentes de sociedades universales, la de todos los bienes presentes, la de todos los bienes presentes y futuros y la de ganancias, los dos primeros tipos se han identificado entre sí, desde la antigüedad más remota y han llegado a constituir una sola calificación.

De ahí que el Código Napoleón, en su artículo 1836, hable de dos clases de sociedades universales, la de todos los bienes presentes y la de ganancias, cuyos respectivos antecedentes son la *societas omnium bonorum* y las *societas universorum quae ex quae stu veniunt*, del Derecho Romano.

También en el Código Napoleón, en los artículos inmediatos, están definidas las dos clases.

El 1837 dice que "La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes poseen en común todos los bienes muebles e inmuebles que poseen actualmente y el provecho que de ellos pudieren obtener. Pueden comprender, también, toda clase de ganancias; pero, los bienes que adquirieren por sucesión, donación o legado no entran en esta sociedad sino en cuanto a su goce: toda estipulación que tendiere a hacer entrar la propiedad de esos bienes está prohibida, salvo entre esposos y conforme a lo que se dispone a su respecto".

El 1838, por su parte, establece que "La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que las partes adquirieren por su industria, por cualquier título que fuere, durante el curso de la sociedad; los muebles que cada uno de los asociados posee al tiempo del contrato están también incluidos; pero sus inmuebles particulares únicamente entran en la sociedad en cuanto a su uso y goce".

Estos conceptos del Código Francés han sido aceptados generalmente por la doctrina.

Como puede apreciarse, aún en su forma más amplia, la sociedad de todos los bienes presentes, se han introducido restricciones que le impiden llegar al establecimiento de una verdadera comunidad-universal del tipo de la que existe entre los esposos.

Sería posible, indudablemente, que, con posterioridad a la constitución de la entidad, al recibir algún bien por herencia o donación, el socio procediere a incorporarlo al patrimonio de aquélla; pero, en tal caso, se trataría del aumento convencional del aporte y, por ende, del capital social mediante la agregación de un nuevo bien presente.

Ello representa una limitación evidente respecto al concepto antiguo y al medioeval de la sociedad universal, ya que, en esas épocas, los socios gozaban de la mayor libertad para prever el ingreso de sus bienes futuros a la sociedad, cualesquiera fueren los títulos por los cuales los hubieren adquirido.

En el debate que tuvo lugar en el Consejo de Estado de Francia, al tratarse el pertinente artículo del Código, se produjo una interesante discusión en torno a este aspecto del tema y Cambacères y Treillard defendieron decididamente la línea aceptada en el antiguo derecho, mientras que correspondió a Bigot-Préameneu sostener la opinión que, en definitiva, triunfó, cuyos argumentos principales pueden hallarse sintetizados en la siguiente frase: "Es de la esencia de la sociedad que las cosas que se aporten sean conocidas, salvo la incertidumbre de los beneficios o de las pérdidas; ahora bien, ello no ocurre en la sociedad de bienes por venir. Nadie puede tener conocimiento de qué sucesiones recibirá y está establecido que ellas no pueden ser objeto de ningún contrato". A estas razones, valaderas sin duda, se agregaba la conciencia que tenía el Consejo de Estado de que las sociedades universales son particularmente aptas para encubrir donaciones simuladas y hasta que constituyen casi siempre verdaderas liberalidades.

De ahí que se haya sancionado con la nulidad, del contrato íntegro, no de la sola cláusula, a las sociedades universales donde se previere la incorporación de los bienes que los socios adquirirían en el futuro por título gratuito.

La sociedad universal de ganancias, en su antecedente romano, comprendía la industria de cada uno de sus integrantes y el total de las utilidades que de ellas se obtuvieran, mientras que los bienes de propiedad de aquellos entraban en el patrimonio social en cuanto a su goce. En el antiguo derecho francés, se modificó la estructura y fueron incorporados esos bienes al patrimonio social, cuando se trataba de muebles.

Esta posición fue adoptada por el Código Francés y, de acuerdo a ella, en las sociedades universales de ganancias pueden distinguirse tres partes diferentes en la composición del activo de su patrimonio: los bienes muebles que poseían los socios en el momento del contrato, los cuales se transfieren en propiedad al ente social; los inmuebles que solamente se le transfieren en uso y goce y el producto de la industria de los integrantes que pertenece totalmente a la sociedad.

Quedan, por consiguiente, excluidos del patrimonio social los bienes que después del contrato, durante la vida de la empresa, adquirieren los socios por cualquier otro título que su trabajo personal.

Ha llegado, pues, a constituir una entidad que establece una estrecha y muy amplia vinculación entre las partes, ya que éstas ven comprendida dentro del ámbito de la actividad societaria el total de su tarea y, asimismo, buena parte de sus bienes. Parecía más razonable la posición del Derecho Romano, que se ajustaba mejor al espíritu de la convención, cuya esencia y hasta su denominación misma están diciendo bien a las claras que las partes han procurado desarrollar sus respectivas industrias y poner en común los resultados que obtuvieren, pero nada más.

No parece justificada, por consiguiente, la incorporación de ninguna clase de los bienes comprendidos en el patrimonio del socio en el momento de formarse el contrato y sólo se alcanza la razón jurídica de la solución diversa respecto a los muebles y a los inmuebles por el concepto tan generalizado en la época de sanción del Código Napoleón respecto a la distinta importancia que revestían unos y otros, que llevaba a no acordar trascendencia alguna a los de la primera especie; en base a ello, se legislaban en relación al tema de la sociedad universal de ganancias como verdaderos accesorios de la actividad personal del asociado.

Conforme al sentido de interpretación restrictiva que pre- side la legislación sobre sociedades universales, se ha establecido que, en caso de silencio del contrato, funciona una presunción que lleva a juzgar a la entidad como sociedad universal de ganancias. En el Código Francés esto está expresamente determinado por el artículo 1859.

Es interesante recordar que, en el informe al Tribunal de pre- parado por Bouteville, al tratar de esa disposición del Código Na- poleón, se indicó que la presunción legal tenía como motivo prin- cipal determinante que la sociedad universal tendía a una "expro- piación" de los bienes del socio y su transferencia a la entidad y que, por consiguiente, debía, en todos los supuestos, ser interpre- tada restrictivamente. El argumento, aceptado y reproducido en general por los autores, se ajustaba más perfectamente, como bien lo destaca Pont, a la regulación de la institución en su forma romana.

Quedaría por señalar, a efectos de determinar con más preci- sión el concepto que las sociedades universales han merecido a las legislaciones positivas que las han aceptado, un texto del Có- digo Francés relativo a la capacidad necesaria para constituir las y que es muy sugestivo al respecto.

Ese artículo, el 1840, dice: "Ninguna sociedad universal pue- de tener lugar sino entre personas capaces de donarse o recibir

recíprocamente la una de la otra y a las cuales no les está prohibido beneficiarse en perjuicio de las otras personas".

La referencia a la donación en materia de capacidad en relación a un contrato que, por su naturaleza, es bilateral, oneroso y conmutativo, no tendría justificación si no fuera porque el legislador tenía en mira la verdadera razón de ser de la sociedad universal, que envuelve, en casi todos los casos, una intención de liberalidad.

Todo ello hace que esta institución, tan extendida en el medioevo, haya ido perdiendo más y más su vigencia y que constituya, en cierta manera, una hipótesis de sociedad anómala.

2. — Sociedades civiles y comerciales.

Esta clasificación se aplica a las sociedades particulares y reviste particular interés en el derecho argentino y en el ámbito de la legislación universal.

La consideración de este tema requiere algunas observaciones previas: en primer lugar, corresponde recordar lo que ya se dijo respecto a la importancia de las entidades de una y otra categoría en la sociedad contemporánea y a su respectiva legislación y, en segundo término, puede señalarse una reflexión que se relaciona con la metodología con que se suele tratar este problema y que puede dar origen a confusiones.

Al comienzo de este comentario referente al contrato de sociedad en el Código Civil, se destacó la necesidad de centrar en su verdadero valor la afirmación común entre nuestros tratadistas respecto a la pérdida de importancia de las sociedades civiles en los últimos años y, por consiguiente, a la disminución del valor e interés de las normas positivas destinadas a regularlas, que, ante el incremento adquirido por las sociedades de tipo comercial, casi no tenían otra trascendencia que la que surgía de su carácter de legislación supletoria para esta especie de entidades.

Se recordó, entonces, que existían todavía en la actualidad ejemplos numerosos de sociedades civiles en nuestro país y se hizo referencia a la enumeración contenida en el Anteproyecto de Biliboni y el proyecto de 1936 que definían perfectamente los campos respectivos de unas y otras entidades, incluyendo entre las civiles (salvo que asumieran la forma de anónimas o comandita por acciones, a las cuales habría que agregar en la actualidad las de responsabilidad limitada) a las que tuviesen por objeto la constitución de derechos reales sobre inmuebles o su locación, a las que se constituyen para la construcción de edificios y obras en inmuebles ajenos, a las que se dedican a la explotación agrícola, ganadera o forestal de inmuebles propios o arrendados, a las formadas entre artesanos o profesionales para los trabajos o ejercicio

de las profesionales manuales o liberales de los socios, a las que tengan por fin la explotación minera o de aguas comunes, minerales o termales y hasta a aquéllas que "Tengan por objeto la explotación de ramos no incluidos entre los actos de comercio" (Art. 1974 del Anteproyecto).

De la simple enumeración referida, se extrae la conclusión válida de la trascendencia que aún en la actualidad mantienen las sociedades civiles y la legislación que las regula.

La observación metodológica mencionada es la siguiente: es común también entre los tratadistas, al considerar la distinción entre el contrato de sociedad y otras figuras jurídicas, tratar la diferenciación entre las sociedades civiles y comerciales, camino que eligen por la circunstancia de referirse principalmente en su estudio a las entidades del primer tipo.

Sin embargo, esa posición no parece justificada pues el análisis del contrato de sociedad debe tratarlo integralmente, en toda su amplitud, lo cual implica la consideración de los principios fundamentales que se aplican tanto a las entidades mercantiles como a las civiles.

Esta afirmación está confirmada por la circunstancia de ser precisamente, como antes se hiciera notar, las disposiciones del Código Civil supletorias de las que el Código de Comercio dedica a las sociedades, lo cual obliga a tener en cuenta sus lineamientos básicos.

Recordando un viejo principio filosófico de invariable vigencia, "la parte está comprendida en el todo", surge con toda evidencia que las disposiciones del Código Civil se aplican a las sociedades comerciales como lo referente al género rige para la especie. La circunstancia de existir normas específicas para cada tipo o categoría nada quita al principio lógico ni a sus consecuencias.

Formuladas estas breves consideraciones previas, cabe destacar que la importancia que reviste esta clasificación en la actualidad, que es grande y se pondrá luego de relieve, fue aun mayor en algún momento histórico y, especialmente, en algunos países.

Puede recordarse, en tal sentido, el caso de Francia, cuya legislación ha sido fuente principal en lo referente a sociedades de muchas leyes contemporáneas, inclusive, de la nuestra. Hubo una época en que allí no se reconocía la personalidad de las sociedades civiles, mientras que las comerciales gozaban de ella, con las consecuencias jurídicas decisivas que surgían de tal diferencia en cuanto al status de unas y otras. Recién en 1891 la Corte de Casación resolvió el problema reconociendo a todas las sociedades, tanto civiles como comerciales, la personalidad y definió la posición de la jurisprudencia francesa, que como antes se dijera, se ha mantenido invariable hasta nuestros días.

Sin embargo, es muy grande el interés práctico de la distinción, aún hoy y en la Argentina, por existir substanciales diferencias entre los respectivos regímenes legales, las más importantes de las cuales son los siguientes:

a) En materia de forma: La sociedad civil, tal como lo dispone el artículo 1682, puede ser constituida verbalmente o por escrito, debiendo realizarse el contrato por escritura pública cuando el capital de cada socio excediere la suma de mil pesos o algunos de los bienes aportado fuese inmueble, según estatuye el inciso 2º del artículo 1184.

Las sociedades comerciales, por su parte, están sometidas a ciertos requisitos de forma que no se aplican a las civiles y que están tratadas en los artículos 289 y siguientes del Código de Comercio que requieren que el acto respectivo contenga algunas enunciaciones específicas. Así, el artículo 289 exige que se redacte por escrito todo contrato de sociedad que "recae sobre cosa cuyo valor excede de mil pesos", permitiendo que el instrumento sea público o privado. Y el 291 exige para toda clase de sociedades comerciales que el acto contenga una serie de datos, que a continuación se mencionan: nombre y domicilio de los integrantes; número y valor de las acciones si las hubiere; razón social o denominación de la compañía, tomada de su objeto; domicilio de la empresa; nombre de los socios que pueden usar la firma social y de los que pueden obrar a nombre de la entidad; monto del aporte de cada socio en dinero, crédito u otros bienes, con expresión del valor que se les haya asignado a estos o de las bases para su tasación; participación que corresponderá a cada socio en las ganancias y en las pérdidas; forma de liquidación y de partición de los bienes sociales; si fuere por plazo determinado, tiempo que ha de durar con expresión de su comienzo y terminación y, además como complemento, "todas las demás cláusulas y condiciones necesarias para que puedan determinarse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí o respecto de terceros".

La simple comparación de las disposiciones referentes a uno y otro tipo de entidades pone de manifiesto una diferencia substancial; frente a la gran amplitud que en materia de formas concede la ley a la libertad en el campo de la sociedad civil, en el ámbito de la sociedad comercial ha dictado una reglamentación sumamente precisa y detallada, al través de la cual, inclusive, se hacen claras otras diferencias entre las dos especies afines al fondo, como la que se refiere al nombre y la razón social.

b) En cuanto a la publicidad: mientras las sociedades civiles no están obligadas a cumplir ningún requisito, la solución legal respecto a las comerciales es diametralmente opuesta, ya que deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio, obligación que el artículo 296 completa aplicando una severa sanción para

el caso de incumplimiento de tal requisito: ya que expresa que: "Ninguna acción entre los socios o de estos contra terceros que funde su intención en la existencia de la sociedad será admitida en juicio si no se acompaña el instrumento probatorio de la existencia de la sociedad y de su registro". A continuación, agrega que, al igual que la sociedad irregular, por no haber cumplido los requisitos de forma, sería nula para el futuro y sólo se considerará vigente respecto al pasado.

Es interesante recordar, al comentar este aspecto, que en el artículo 1768 del Código Civil, al referirse a cuando se juzgará concluida la sociedad frente a terceros, el codificador fija esa fecha "cuando su disolución fuese debidamente publicada", siendo ésta la única oportunidad en que hace alguna referencia positiva al tema de la publicidad en la sociedad civil, para la cual, en realidad, ninguna exigencia de tal índole ha sido establecida ya que la frase incidental mencionada carece de viabilidad al no haber ninguna disposición que determine cuándo sería debidamente publicada la disolución ni podría haber alguna exigencia en cuanto a la terminación, al no haber sido impuesta para la constitución de la entidad.

c) En materia de obligación de llevar libros de comercio; conforme al artículo 43 del Código de Comercio, "Todo comerciante está obligado a tener libros de registro de su contabilidad y su correspondencia mercantil", obligación que la segunda parte del mismo artículo y las disposiciones que le siguen reglamentan.

El carácter de comerciantes que revisten las sociedades mercantiles es evidente y, por consiguiente, también lo es su obligación de llevar los libros; deber, en cambio, que no rige respecto de las civiles.

d) En materia de responsabilidad de los socios; conforme a la aplicación de principios generales que rigen respectivamente, en materia civil y comercial, la responsabilidad de los socios de entidades comerciales es solidaria, lo cual no ocurre en las civiles, salvo como sanción en el supuesto de las sociedades de objeto ilícito, donde rige con un sentido de pena, que se agrega a la nulidad del contrato.

e) En materia de jurisdicción, ya que las sociedades civiles se encuentran sometidas a la ordinaria, mientras que las mercantiles lo están al fuero comercial.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 5 del Código de Comercio: "Todos los que tienen calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamento y legislación comercial. Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario".

f) En materia de liquidación forzosa de bienes; para las sociedades civiles rige la solución del concurso civil, mientras que

para las comerciales se aplican los procedimientos de quiebra o convocatoria de acreedores.

Dice el artículo 1º de la Ley de Quiebras que "De este estado son susceptibles los comerciantes y las sociedades comerciales". Y agrega luego que quienes no revistieren tales calidades también lo serán siempre que se hubieren inscripto en el Registro Público de Comercio y cumplido determinadas condiciones.

De la enumeración efectuada, surge con toda evidencia el interés que existe en la distinción que se trata, la cual, si bien no reviste ya la trascendencia que se comentara en relación a Francia en la época anterior a 1891, mantiene gran importancia práctica.

En cuanto a la diferenciación entre sociedades civiles y comerciales, puede realizarse desde dos puntos de vista diferentes: por razón del objeto y por razón del tipo de sociedad, vale decir que se puede hacer la distinción según razones de fondo o motivos formales.

Desde el primer punto de vista, debe tomarse en cuenta la definición que da el artículo 282 del Código de Comercio, que dice que la "sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, para practicar actos de comercio

Por consiguiente, la sociedad es comercial cuando tiene por objeto la realización de actos de comercio cuya enumeración está contenida en el artículo 8 del mismo Código.

Si se aproxima la enumeración contenida en el artículo 8 del Código de Comercio a la que trae de las sociedades civiles el artículo 1208 del Proyecto de Reformas de 1936, puede apreciarse que existe entre ambas una coordinación satisfactoria.

La jurisprudencia ha elaborado una amplia construcción respecto al carácter de las sociedades civiles y comerciales, tendiendo a ampliar el ámbito de las últimas, pretendiendo, inclusive, al igual que buena parte de la doctrina, especialmente comercial, que toda entidad que revistiere la forma de empresa sería comercial. Sin embargo, no parece posible aceptar este criterio, pues toda sociedad, sea civil o comercial, por su esencia misma, constituye una empresa en el sentido propio de esta palabra que significa la unión de diversas voluntades organizadas para la consecución de un fin común, a lo cual se agrega que en el caso de una y otra especie de entidades, ese fin común debe, por definición, ser un propósito de lucro.

La interpretación, por consiguiente, debe ceñirse a los términos del artículo 8 del Código de Comercio, sin convertirse en extensiva.

Además de las sociedades que son comerciales por su objeto, existen otras que, pese a dedicarse a actividades que no consti-

tuyen actos de comercio, revisten carácter mercantil en virtud de su tipo especial, tal es el caso de las sociedades anónimas, de acuerdo a lo dispuesto por la parte final del artículo 282 del Código de Comercio, anteriormente citado y que dice: "Son también mercantiles las sociedades anónimas, aunque no tengan por objeto actos de comercio".

El Proyecto de 1936 adopta igual solución respecto de las sociedades en comandita por acciones y otro tanto puede sostenerse para las de responsabilidad limitada.

De manera que existen clases de sociedades que por ser específicamente comerciales imprimen ese carácter a la entidad, independientemente del objeto que ésta pueda tener.

Por razones prácticas, para determinar si una entidad reviste carácter civil o comercial conviene comenzar por considerar el tipo de sociedad y, luego, si no fuere de las expresamente calificadas de comerciales, proceder al análisis de su objeto.

En la actualidad, se pronuncia cada vez más el avance de una corriente doctrinaria que preconiza la unificación de las disposiciones relativas a las sociedades con prescindencia de su carácter; esa tendencia entiende que ello significaría un interesante paso en el camino de la unificación del derecho de las obligaciones, dentro de la cual estima al ámbito del contrato de sociedad como un terreno particularmente propicio.

LA CLAUSULA ATRIBUTIVA DE JURISDICCION (*)

Dr. JOSÉ DOMINGO RAY,

Profesor Asociado de Derecho de la Navegación

I. — El problema.

1. — Importancia.
2. — Concepto.
3. — Tribunal competente y ley aplicable.
4. — Nuestro ordenamiento.

II. — Jurisprudencia.

5. — Resoluciones de los Tribunales anteriores a 1936.
6. — Fundamentos.
7. — Tesis contraria.
8. — Doctrina.

III. — El caso "Comte c/Ybarra y Cia.",

9. — Características del caso.
10. — Dictamen del Procurador de la Nación.
11. — El fallo de la Suprema Corte.

IV. — Reflexiones.

12. — Terminología: fletamento y transporte.
13. — Fundamentos para declarar la invalidez de la cláusula.
14. — La tesis del contrato de adhesión en relación al contrato de transporte y de fletamento.
15. — Nulidad de la cláusula en el contrato de fletamento.
16. — Circunstancias del caso y ambientales existentes en 1936.
17. — El problema fundamental en el caso "Comte c/Ybarra".
18. — Consecuencias del fallo "Comte c/Ybarra".

V. — Proyecto de Ley.

I. — EL PROBLEMA

1. — *Importancia.* La interpretación y los fallos de la Corte Suprema sobre las cláusulas atributivas de jurisdicción han tenido una gran trascendencia en la evolución de nuestra jurisprudencia referente a las cláusulas del conocimiento¹.

(*) Clase dictada sobre el tema, comentando el caso "Comte c/Ybarra y Cia."

¹ El fallo de la Suprema Corte dictado en el caso "Comte y Cia. c/Ybarra" aparte de la trascendencia que reviste en la evolución de la jurisprudencia marítima, sirve para poner de manifiesto la importancia de "las circunstancias del caso" en los fallos y la distinción necesaria que debe de hacerse entre lo que es "esencial" y aquello que puede calificarse de superabundante de los fundamentos.

Comte y Cia. c/Ybarra, en "Fallos", t. 176, pág. 222; Bvta] "La Ley", t. 4, pág. 925, con nota de Pedro Torres y "Jurisprudencia Argentina", t. 56, pág. 356, con nota de C. A. Letessier.

Los fallos dictados por nuestra Suprema Corte en los casos en que se debatieron las cláusulas atributivas de jurisdicción han sido verdaderos "leading-cases" cuyas conclusiones se han reflejado en la jurisprudencia y en fallos en que se han considerado otra clase de cláusulas del conocimiento, pudiendo decirse que hasta 1936 se admitió en general la validez de esas cláusulas y a partir de entonces la tendencia ha sido contraria y en favor de la nulidad.

2. — Concepto. Se entiende por cláusula atributiva de jurisdicción la que se establece en los contratos de utilización del buque, especialmente en los de fletamento y de transporte, determinando la jurisdicción de los tribunales de un Estado para intervenir en caso de litigio.

Generalmente se establece en las pólizas de fletamento o en los conocimientos, la competencia de los tribunales del Estado de la bandera del buque o los del domicilio del transportador o del puerto de embarque de la mercadería y el problema de la validez se planteó en numerosas oportunidades cuando los consignatarios sostuvieron su nulidad ante los tribunales del Estado del puerto de descarga.²

3. — Tribunal competente y ley aplicable³. Generalmente se ha unificado el problema de la determinación de los tribunales que deben entender en los casos que se planteen, con el de la ley aplicable, a pesar de que son problemas distintos y nada impide que el tribunal de un Estado aplique la ley de otro, si no se encuentra en contradicción con las disposiciones de orden público de la ley del lugar.

Es necesario tener en cuenta la distinción entre esos dos problemas a pesar de la influencia que tiene el criterio del tribunal sobre la interpretación de las normas aplicables al caso y la tendencia de todos los tribunales a aplicar la ley del lugar. (*Lex fori*).

En doctrina han prevalecido tres criterios sobre la ley aplicable y el tribunal competente en causas suscitadas con motivo de incumplimiento de un contrato de transporte marítimo: el que se inclina por la ley y competencia de los tribunales del puerto de embarque, el que se pronuncia por la prevalencia de la ley y competencia del tribunal del Estado de la bandera que enarbola el buque y el que sostiene que debe aplicarse la ley vigente en el

² RUPERT, G.: *Traité de Droit Maritime*, t. 2, n° 1421, pág. 336.

Rupert expone como ha sido considerada la cláusula atributiva de jurisdicción por los tribunales franceses; su inaplicabilidad en caso de medidas urgentes y provisionales que pueden ser decretadas por el tribunal del puerto de descarga y su utilización como medio de conseguir soluciones de fondo contrarias a las que resultaban de acuerdo a la ley del puerto de descarga.

³ Al interpretar los arts. 208 y 2091 del Cód. de Comercio que se refieren a la norma legal aplicable, nuestros tribunales han considerado en más de una oportunidad que esos textos también se refieren al tribunal que debe entender en el asunto.

puerto de descarga o desembarque y la competencia de los tribunales de este puerto ⁴.

4. — *Nuestro ordenamiento.* En nuestra legislación existen disposiciones expresas acerca de la competencia de los tribunales federales para intervenir en las causas de *Almirantazgo* y jurisdicción marítima.

El art. 100 de la Constitución Nacional dice textualmente que corresponde intervenir en esas causas a la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación y el art. 2° de la Ley 48 concretaba esa jurisdicción en lo referente a los jueces federales de 1ra. Instancia.

En 1850 la Ley 13.698 sobre organización de la justicia nacional dispuso en su art. 42 inc. b) que los jueces federales (Nacionales Especiales) serían los competentes en todas las causas regidas por el derecho de la navegación y por el derecho aeronáutico.

En lo que respecta a la ley aplicable al contrato de fletamento o de transporte a ejecutarse en la República Argentina, el art. 1091 del cód. de comercio establece que "debe ser juzgado por las reglas establecidas en este código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República".

Es evidente que en este texto se estableció el principio de la aplicación de la ley del Estado en que el contrato ha de ejecutarse (*lex loci executionis*) y los tribunales han interpretado extensivamente que ello implica pronunciarse también por la competencia de los tribunales de la República si puede sostenerse que el contrato se ha cumplido en ella ⁵.

El problema radica en decidir si la determinación de la ley aplicable y la competencia de los tribunales del lugar es de orden público o no. En otras palabras, si tienen libertad las partes para pactar la aplicación de una ley distinta o la competencia de los tribunales de otro Estado.

II. — JURISPRUDENCIA

5. — *Resoluciones anteriores al año 1935.* Nuestros tribunales se pronunciaron siempre en el sentido de la validez de las

⁴ Ripert afirma que en defecto de una mención contractual, los sistemas que se han presentado son diversos.

1° — Sistema francés: aplicación de la ley del país de conclusión del contrato. Bélgica, Italia y Portugal.

2° — Sistema alemán: aplicación de la ley del lugar de ejecución del contrato. Grecia, Brasil, Argentina.

3° — Sistema inglés: aplicación de la ley del pabellón. Países Bajos en el caso del fletamento a tiempo (cita de Ripert), institución distinta al contrato de transporte.

⁵ Leyenda los fallos que mencionamos en este trabajo podrá apreciarse que en más de una oportunidad se han unificado problemas tan distintos como el de la ley aplicable y el tribunal que debe entender en el asunto.

cláusulas atributivas de jurisdicción hasta el año 1938 en que cambió la jurisprudencia.

La Cámara Federal de la Capital el 6 de junio de 1908, en el caso: "G. Sáenz vs. Mala Real", por voto de la mayoría de los componentes del tribunal, admitió la validez de la cláusula, argumentando que las personas pueden constituir domicilios especiales en los contratos que celebran y que ello implica la extensión de la jurisdicción y la validez de las cláusulas que se establezcan respecto a la jurisdicción.

Expresamente se dijo, invocando la opinión de Lyon-Caen y Renault, que las disposiciones legales establecidas con respecto a los contratos y entre ellas la referente a la ley aplicable y tribunal que debe entender en el caso, son interpretativas, o sea, de carácter supletorio.

En ese juicio votaron en disidencia los Dres. Matienzo y Villafañe sosteniendo que la disposición del art. 1215 del cód. civil es de orden público, porque tiene por objeto hacer efectiva la soberanía internacional de la República y su independencia respecto de las autoridades extranjeras. Teniendo en cuenta que toda Nación soberana tiene jurisdicción sobre las personas y cosas existentes en su territorio, argumentaron esos magistrados que las estipulaciones del conocimiento, en cuanto excluyen en absoluto la jurisdicción de los tribunales argentinos, son violatorias de la soberanía de esta Nación y manifiestamente nulas, pudiendo y debiendo declararse así, aún de oficio.

En el caso "Regie Generale vs. Hamburgo Sudamerican" el mismo tribunal por fallo del 8 de junio de 1916 revocó la sentencia de 1.ª Instancia y declaró la competencia de los tribunales argentinos, en razón de que la persona obligada a acudir ante los tribunales de Hamburgo, con motivo de un reclamo contra un capitán o armador alemán, era de nacionalidad francesa.

Dijo el Dr. Goytia en su voto que si bien la autonomía de la voluntad era la norma básica si se trataba de intereses económico-patrimoniales que no afecten el orden público, es las circunstancias de ese caso y del momento, la cláusula atributiva de jurisdicción a los tribunales de Hamburgo era repugnante a la moral internacional, porque no podría hallar un francés justicia imparcial en esos tribunales, encontrándose Francia y Alemania en Guerra⁴.

Nuestra Corte Suprema se pronunció en varias oportunidades admitiendo la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción y en el fallo dictado en el caso: "Monte Pagano vs. Eriksen", hizo un estudio detallado del problema con un dictamen del Procurador

⁴ MALACABRERA, CARLOS: Código de Comercio Comentado, t. 7 y Derecho Mercantil, t. II, 1.ª ed., pág. 138.

General de la Nación en disidencia que sintetiza los fundamentos contrarios a la validez⁷.

6. — *Fundamentos.* Los argumentos expuestos por el Supremo Tribunal en favor de la validez de la cláusula fueron los siguientes:

a) La autonomía de la voluntad no reconoce más límite que la prohibición de renunciar o dejar sin efecto por medio de convenciones las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. (Constitución Nacional - Art. 19; cód. civil, arts. 21 y 1197).

b) Si bien existen normas legislativas referentes a la jurisdicción de los tribunales que son verdaderas leyes de interés público (si se trata de represión de delitos, conocimiento sobre cuestiones de Estado o de familia, etc.), la jurisdicción en materia de acciones personales y especialmente las que derivan de relaciones contractuales, no revisten ese carácter y las disposiciones legales establecidas al respecto son supletorias, es decir, de carácter interpretativo para el caso de que no exista una disposición expresa al respecto.

El art. 1215 del cód. civil que se invocaba en apoyo de la invalidez de la cláusula se limita a establecer una jurisdicción facultativa para las partes contratantes y nada impide que estas renuncien a la jurisdicción de los tribunales del lugar de ejecución del contrato, estableciendo la competencia de los tribunales del domicilio de una de ellas o de otro lugar distinto.

c) La legislación nacional autoriza a pactar el arbitraje, es decir, la renuncia a la jurisdicción de los jueces ordinarios para entregar la solución de los litigios a tribunales especiales designados por las parte y hace depender la jurisdicción de la elección del lugar en que se hará efectiva la obligación (art. 102 del cód. civil).

7. — *Tesis contraria.* El Dr. José N. Matienzo, manteniendo la tesis sustentada cuando era miembro de la Cámara Federal, dictaminó como Procurador General de la Nación en sentido contrario, o sea, pronunciándose por la competencia de nuestros tribunales y por la invalidez de la cláusula.

En ese dictamen se recitan los argumentos expuestos por el Dr. Matienzo en el voto en disidencia en el caso citado "G. Sáenz vs. Mala Real", agregando que los tribunales americanos e ingleses se pronunciaron en muchas oportunidades en casos similares, declarando irrenunciable el derecho de acudir a la jurisdicción de los tribunales de la Nación y solo todo convenio que excluyera de antemano la jurisdicción conferida por ley. Lo más que se ha admitido es el derecho de someter la cuestión a árbitros después

⁷ Corte Suprema, Fallo del 21 de mayo de 1933, "Jurisprudencia Argentina", t. 10, pág. 445.

de haber surgido el conflicto o la facultad de declinar la jurisdicción local, compareciendo ante otra jurisdicción, después de planteada la cuestión en litigio⁸.

Reitera el Dr. Matienzo que la norma establecida en el art. 1215 es de orden público y que como tal no puede ser objeto de contrato en virtud de lo dispuesto en los arts. 21, 872, 963 y 1167 del cód. civil.

En cuanto a la cita de los arts. 101 y 102 del cód. civil no comparte la interpretación que se hace de los mismos, porque entiende que se refieren a casos comunes de derecho privado y en el subjuice se trata de contratos de transporte marítimos en los que el lugar de cumplimiento de la obligación del transportador queda en jurisdicción del puerto de descarga, o sea, en la República Argentina, tanto más si intervinieron los tribunales de esta jurisdicción para realizar el reconocimiento que dispone el art. 1079 del cód. de comercio.

Por último, el Dr. Matienzo invoca los intereses de los destinatarios argentinos de mercaderías extranjeras que tendrían que ir a demandar a los armadores ante otros tribunales y esto sería muy grave en países como el nuestro, cuyo comercio marítimo depende de extranjeros, teniendo en cuenta que los destinatarios no intervienen en la redacción de los conocimientos.

Concluye el Dr. Matienzo destacando que mediante la atribución de competencia a tribunales extranjeros podría evadirse la aplicación de las disposiciones legales de nuestro país y se afectaría el orden público al excluir la jurisdicción y la aplicación de la ley argentina mediante un convenio particular.

8. — *Doctrina.* Alcides Calandrelli, profesor de Derecho Internacional Privado, comentando el caso "Montepagano vs. Eriksen" adhirió en doctrina a la opinión del Procurador General de la Nación, aclarando que la tesis de la Corte era la correcta de acuerdo a las disposiciones legales, espíritu y doctrina de nuestro orden jurídico.

Expresamente destaca que no debe confundirse lo relativo a la ley aplicable con lo referente a la jurisdicción, o sea, al órgano que debe aplicar esa ley.

En su opinión, el art. 1215 del cód. civil es una norma de carácter supletorio, que por lo tanto no tienen carácter de orden público y debe reconocerse la validez de la cláusula porque nada impide que las partes convengan la jurisdicción de otros tribunales que los argentinos⁹.

⁸ Se invoca en el dictamen la jurisprudencia americana e inglesa en el sentido de que es irrenunciable el derecho de recurrir a los tribunales de la Nación y solo todo convenio que excluya de antemano esa jurisdicción.

⁹ Ver nota 18.

⁹ ALCIDES CALANDRELLI. Ver nota en "Jurisprudencia Argentina", t. 10, páginas 445.

Leopoldo Melo desde 1913 sostenía que no debía reconocerse validez a esa cláusula por las particularidades en que se realizaba el transporte de las mercaderías del exterior a los puertos argentinos y que era una forma de eliminar los posibles reclamos contra el transportador por la dificultad que entrañaba para los importadores argentinos iniciar juicios contra los armadores en puertos extranjeros en casos en que el monto del reclamo no era grande ²⁰.

En la Conferencia de la International Law Association, celebrada en Buenos Aires en 1922 se discutió detenidamente el problema y se aprobó la moción de los delegados argentinos, contra el voto de los delegados ingleses, franceses y noruegos en el sentido de que debían considerarse inválidas las cláusulas atributivas de jurisdicción, llegándose a redactar una fórmula de transacción que se conoce con el nombre de Regla de Buenos Aires ²¹.

²⁰ NÚÑEZ ARANCO y C. MALABRIGA: *Derecho Marítimo Argentino*, 2ª ed., 1927, pág. 135.

²¹ Conclusiones de la 31ª Conferencia reunida en el Palacio de Justicia, Buenos Aires, del 24 al 30 de agosto de 1922 (Vol. 2, Actas de los Comités de Derecho Marítimo, Londres, 1923).

En la sesión del día 28, Dumas González Cowland presentó su moción al Comité de Derecho Marítimo en el sentido de que el contrato de fletamento deberá ser juzgado según la ley del país de ejecución del contrato, es decir, del puerto de desamaga y el Dr. Edmundo Chabifera registró como agregado un párrafo que decía: "Las acciones emergentes del contrato de fletamento serán instauradas ante los tribunales del lugar de destino de la carga".

Leopoldo Melo apoyó decididamente la moción y propuso que se agregara al siguiente párrafo: "Será nula toda cláusula que establezca lo contrario".

Seguidamente reproducimos las palabras de los delegados Melo, Chabifera, Vico, Siawking, González Cowland, Fredericksen y Temperley.

El delegado Dr. Melo en apoyo de la propuesta dijo:

"He tenido oportunidad de constatar las injusticias a que da lugar la cláusula atributiva de jurisdicción que se inserta en todos los conocimientos y pólizas de fletamento. Esa cláusula imparte en el hecho la irresponsabilidad de los navieros por las pérdidas y deterioros de las mercaderías. Quéis se podría oponer a la indicación del señor delegado este reparo: si vamos a sancionar una ley internacional de fletamento que obijeto tiene agregar esta cláusula, ya que la ley ha de ser la misma en todas partes? Este reparo tiene un valor más aparente que real. La ley internacional de fletamento será de una lenta elaboración mientras que la indicación del señor delegado propende a asegurar desde ya un remedio inmediato por una norma de justicia y de igualdad, ya que esa norma regirá tanto para los que traigan que hacer reclamaciones en puertos de Eúropa por los destinatarios allí de cargamentos de maíz, trigo, carne, lana, etc., como cuando se trate de hacer reclamaciones en puertos argentinos por los consignatarios de cargamentos venidos a la república.

"De manera que la fórmula podría quedar así: las acciones emergentes de la ejecución del contrato de fletamento serán regidas por la ley del lugar de la entrega de la carga, y para evitar que se derogue por cláusulas, debe agregarse: «Será nula toda cláusula que establezca lo contrario.»

El delegado profesor Vico dijo:

"No sería importante establecer que en el caso de que el consignatario de la carga difiera a otra jurisdicción la solución de los conflictos que surjan del incumplimiento del contrato, esa cláusula pueda considerarse válida; pero que toda cláusula

sala, aun cuando sea expresa, por la que se renuncia a la jurisdicción del puerto de destino, debe ser considerada nula.

"La jurisdicción es cuestión muy importante, no de procedimiento sino de fondo. El procedimiento viene como una consecuencia de una jurisdicción aceptada, pero la jurisdicción es siempre normativa, necesaria. Por eso en el tratado de derecho internacional de Montevideo de 1888, no se incluyó la jurisdicción en la sección de derecho procesal sino entre el derecho civil internacional.

"De manera pura, que estoy de acuerdo con la proposición del señor Chedafau, agregándose que los destinatarios del cargamento podrán siempre elegir otra jurisdicción que no sea la del lugar de la ejecución."

El profesor alemán Sievekking dijo:

"Según entiendo, la proposición significa que todas las relaciones, no sólo las relaciones que se originan en el conocimiento, sino también las relaciones que se originan en el Contrato de Fletamento, se regirán por la ley del lugar para el cual las mercaderías están consignadas. Ahora bien, creo que eso es un principio realmente peligroso. Está demás decir, y creo que esa es la ley en todos los países que, aparte de las cláusulas especiales, los arreglos entre consignatario y armador se rijan por el lugar donde la carga es entregada. Otra cuestión es si una cláusula en un conocimiento que estipule que todas las relaciones entre el consignatario y el armador se regirán por determinada ley —por ejemplo, el fletador y el armador— será nula. Esa es otra cuestión; pero, en todo caso, manifestar aquí que las relaciones entre el fletador y el armador se regirán siempre, no obstante cualquier cláusula en contrario, y no obstante cualquier ley en contrario, por la ley del lugar a donde las mercaderías eventualmente lleguen —es decir, desde el viaje se da por terminado; que puede no ser el lugar de destino del buque, pero es el lugar donde el viaje se da por terminado y las mercaderías deben ser dejadas allí— no veo un absoluto ninguna razón para establecer esa regla. Tomaré un ejemplo de mi propio país. Tenemos la Línea Hamburgo Sud Americana. Digamos que envíe algunas mercaderías a Buenos Aires, o flete medio buque para ir a Buenos Aires, y yo, un hombre de Hamburgo, celebre un contrato con un Armador de Hamburgo, ¿porqué no regirán la ley Alemana las relaciones entre la Hamburg South American Line y yo? No veo ninguna razón para decir lo contrario, y creo que ningún inconveniente ha resultado de la ley que hasta ahora ha sido la ley de todos los países del mundo. Por supuesto, es otra cuestión en lo que respecta a las cláusulas de los conocimientos."

El delegado Chedafau, en respuesta al profesor alemán Sievekking dijo:

"Se trata simplemente de una cuestión práctica; radicación de la litis; de poder hacer efectivas las acciones resultantes del incumplimiento de los contratos de fletamento por parte de los transportadores. En respuesta a la manifestación del señor profesor alemán Sievekking, me permito recordarle que se resuelve según su propia jurisdicción el caso por el planteado; pero le observo que es de toda injusticia querer sustanciar en Hamburgo una reclamación cuyo momento tendría que probarse en Buenos Aires.

"Mi proposición enfoca los casos de falta de entrega de la carga; averías en la misma o hechos dolosos del equipaje. Pero en lo que respecta a las cuestiones entre el armador y el cargador por ejemplo sobre arrumaje, estadas, etc., sujetas a reglamentaciones locales, podrían ser resueltas en el puerto de carga por no ser atinentes al cumplimiento del contrato de fletamento-transporte."

El Dr. González Gowland dijo:

"Acepto el agregado propuesto por el Dr. Chedafau. Debe tenerse en cuenta, señor Presidente, en el contrato de fletamento la intención de las partes, sobre la ley aplicable. En el contrato de fletamento, su finalidad es el transporte de la cosa a un punto determinado, y es a este punto al cual se refieren las relaciones definitivas entre las partes. Luego, la ley que rige en este lugar es la que se debe aplicar. En la conocida teoría de Savigny, que ha sido adoptada por algunas legislaciones, entre ellas las sudamericanas."

Dr. Friedrichsen:

"Me asocio a lo dicho por el Dr. Sievekking. Creo que todos debemos convenir que la teoría que Vd. cita en la proposición presentada, si fuera aceptada, sería

muy peligrosa, y probablemente tendría consecuencias de muy largos alcances. Todos sabemos que donde nada se estipula, la ley es la ley del puerto de destino, que es válida entre las partes involucradas. Ahora bien, esa proposición va más allá, e impone como regla obligatoria que la ley del puerto de destino es la que debe aplicarse a todas las cuestiones que se susciten en una diferencia, entre armador y dueño de carga, y fletador y armador. Como que estoy en la cierta cuando digo que esa es la intención; y si esa es la intención, quiere decir que, si un buque noruego —para tomar un ejemplo de mi propio país— es fletado por una firma Británica, con parte del cargamento para el norte y parte del cargamento para el sur de América, digamos, por ejemplo, para cuatro o cinco lugares, las diferencias que se susciten entre todas las partes involucradas habrán de resolverse, parte en los Estados Unidos y parte en una, o dos, o cinco diferentes repúblicas de Sudamérica. Le aseguro al Dr. Cowland que si él hubiera asistido a la Conferencia de La Haya el año pasado, cuando una cuestión similar se discutió durante tres días, no habría ahora, con una audiencia de comparativamente pocas naciones, presentado esa muy copiosa cuestión al debate."

El Dr. Meis tomó nuevamente la palabra y dijo:

"Todos los documentos marítimos sobre embarques de mercaderías que llegan a nuestros puertos de América desde Europa, traen entre otras cláusulas una por la cual se establece que en caso de avería o pérdida se debe recurrir para la respectiva reclamación al puerto de la carga.

"No debemos olvidar que el principio de que los contratos son la expresión de la voluntad de las partes, no es lo real en este contrato. El cargador se encuentra siempre delante de una fórmula impresa de pólias, igual en todas las compañías, y no tiene otro remedio que inclinarse ante esa fórmula y aceptarla para poder transportar sus mercaderías.

"Llegan las mercaderías a los puertos de América y hay faltas, faltas que casi siempre se producen por un hecho que concierne especialmente los navieros, por hurtos y roturas, que según estadísticas publicadas en el "Times" en 1920 han aumentado en estos últimos años en más de un 70%; y que han llegado a alarmar a los aseguradores, quienes en varias ocasiones se han reunido en Congresos Internacionales para tratar la cuestión; y en los Estados Unidos en 1921 se ha llevado el asunto al Congreso, según un estudio del profesor Huelson.

"Frente a esos robos se produce de hecho la irresponsabilidad de los transportadores, porque los gastos de la reclamación en el puerto de embarque, cuando allí se plantea, resultan mayores que el importe reclamado. El cargador se resigna, pues a la pérdida en los casos sucesivos ante tan desgraciada experiencia.

"La única manera de defenderlo eficazmente es impidiendo la inserción de las cláusulas que lo obligan a llevar sus reclamaciones al puerto de embarque.

"Ese es el motivo por el cual políticamente juzgo que toda cláusula que establece que la reclamación del consignatario se ha de llevar al puerto de embarque debe ser considerada nula porque de lo contrario nada valdrán las resoluciones de carácter general.

"Con relación a la jurisprudencia sobre tales cláusulas, debo hacer mención de fallos de tribunales de los Estados Unidos y de dos Cortes de Casación europeas. Esos tribunales han investigado la realidad misma de los hechos y han encontrado que esas estipulaciones, que no son la libre expresión de la libre voluntad de las partes e importan cláusulas compromisorias, plantean una cuestión de soberanía y han dicho que es el deber de todo gobierno hacer justicia a los habitantes de sus países respectivos e inspirados en ese concepto han dictado fallos anulando tales cláusulas.

"Ese mismo concepto ha aplicado el Procurador de la Suprema Corte Nacional en un notable dictamen que acaba de ver la luz.

"Quiero agregar que las proposiciones de los señores delegados González Cowland y Chedafas no constituyen una novedad. Aparte de que existe una disposición concordante en códigos europeos, como en el de Holanda, esa doctrina se ha aconsejado en caso semejante como el resultado de una larga encuesta abierta por

el Comité Marítimo Internacional que viene trabajando desde el año 1905 y la ha promulgado hasta el año pasado en Amberes, en la sesión de julio de 1921.

"El Comité Marítimo después de larga labor durante la cual se consultó a todas las asociaciones de Derecho Marítimo, llegó a un proyecto de Código Internacional de fletamento que se discutió en la Conferencia de París en 1911, en Copenhague en 1913 y por la Comisión de Londres en 1914; y en el artículo 59 se aplica igual doctrina para el transporte internacional bajo conocimiento directo.

"Y en cuanto a las observaciones hechas por el señor delegado Sierra refiriéndose al caso de transporte en un marío que lleva carga para distintos destinos, caso en el que se aplicarían diversas leyes, recordará que es lo mismo que ocurre en el transporte terrestre internacional actualmente y mientras no se llegase a la unificación no ven por qué temas de someter el transporte marítimo a reglas distintas del transporte terrestre. En el transporte terrestre se plantea la reclamación en el lugar de la entrega, como los transportes ferroviarios internacionales atraviesan distintas naciones resultan distintas leyes y jurisdicciones con imperio.

"Terminaré con la lectura del art. 59 del proyecto de código de fletamento a que heita referencia. Dice así: "... cuando se transportan mercaderías bajo el imperio de un conocimiento directo (through bill of lading) cada transportador es su responsable sino de la pérdida o daño causado a las mercaderías, mientras ellas se encuentran bajo su guarda. El destinatario tiene sin embargo la facultad de demandar al último transportador o al transportador intermediario.

"Como se ve, este proyecto aplica lo mismo que proponemos, o sea: que el destinatario pueda deducir sus demandas por daños a las mercaderías transportadas, en el lugar de la entrega, y por ello buscamos que no quede en manos de las empresas navieras privadas de sus derechos insertando estipulaciones en contrario en los documentos de embarque al agregar que esas estipulaciones sean nulas."

5e. Tamberlay:

"La International Law Association goza de la confianza del mundo marítimo y comercial, porque en sus procedimientos no se ha apogado a la idea de una uniformidad teórica en obsequio a la uniformidad, sino que siempre ha tenido en vista la facilitación real práctica del comercio. Cuando esta Asociación introdujo las Reglas York-Amberes, no trató de conseguir que ciertas naciones las hicieran obligatorias, sino que las dejó libres a la voluntad. Esas reglas comprendían resoluciones de una conferencia entre la Asociación, los armadores y los comerciantes; de ahí su gran éxito. Hace un año, cuando esta Asociación formuló las Reglas de La Haya y las promulgó, le fué después de averiguar lo que los comerciantes necesitaban. Si esas Reglas de La Haya, con algunas modificaciones, actualmente son adoptadas por las leyes de todos los países, después de una conferencia del Comité Marítimo Internacional, será porque esas modificaciones representan los deseos de la comunidad comercial (del mundo comercial). Ahora puedo decir con confianza cuál es la actitud de Gran Bretaña, la Nación marítima más importante, respecto de la legislación de esta naturaleza. Ante todo, hemos construido un inmenso comercio marítimo y conquistado un prestigio que todos comprenderán que es una situación perfectamente maravillosa. Hemos construido eso sobre la base de libertad de contrato; y los demás grandes países marítimos de Europa, tales como Francia, Alemania y Noruega, quiescen libertad de contratación en cuanto sea posible. Es cierto que a veces debe limitarse la libertad de contratación. La Harter Act, la New Zealand Act, la Australian Act, y la Canadian Water and Carriage of Goods Act, fueron consideradas necesarias para restringir la libertad de contratación. ¿Porqué? Porque los Armadores estaban altamente organizados, y los cargadores de mercaderías por buques de líneas eran muy numerosos, muy variados y muy desorganizados, y por lo tanto en realidad no había libertad de contratación. Por lo tanto, la ley vino para proteger a los cargadores desorganizados. Pero en lo que respecta a los embarques de cargamentos locales, tales como trigo de la Argentina, o carbón de Inglaterra a la Argentina, los cargadores son tan poco numerosos como los armadores; y entienden todas las condiciones de su negocio tan bien como los armadores, y pueden organizarse tan bien como los armadores. Por lo tanto las organizaciones de armadores y las organizaciones de cargadores pueden

tratar las condiciones de embarque. Tenemos formularios fijos para el embarque, digamos, entre Europa y la Argentina, sobre las que ambas partes convienen. En mi opinión, es mejor dejar que los armadores y los comerciantes convengan todos los términos del contrato. Es cierto que esos contratos estarían sujetos a la Harter Act en Norte América, etc., etc.; pero me es un inconveniente con el que debemos tratar, porque no se puede hacer excepciones a la ley. Imbuérsese en la libertad de contratación entre comerciantes y armadores, excepto en cuanto sea necesario, es obrar perjudicialmente para el comercio. Ahora bien, pregunte: ¿Hay alguna necesidad en imbuérsese en ella en la forma sugerida por esta moción? Por ejemplo, hay un buque fletado, digamos, con trigo en la Argentina para un pequeño puerto en la costa de África Occ., donde hay tal vez cuatro o cinco blancos y ningún abogado. De acuerdo con el contrato de fletamento, el armador tiene que pagar dinero al comerciante si el embarque se hace rápidamente. Supongamos que se suscitara una diferencia sobre si el buque ha sido cargado rápidamente o no, y si se debe algún dinero o no. ¿Esa cuestión habrá de ser resuelta por los cuatro o cinco blancos en destino? El armador y el cargador ponen en su contrato de fletamento: «Las cuestiones que se suscitaren en el puerto de embarque deberán resolverse en el puerto de descarga». ¿Propone Vd. impedir eso, haciéndolo ilegal? Si una cuestión se suscita en el puerto de descarga, ¿quién podrá decidirla mejor? ¿Tendrá que ser resuelta en el puerto de descarga o no? Ellos hacen lo que les parece mejor. Lo incluyen en el contrato. ¿Deja Vd. andar eso? Le prevengo lo más seriamente que no restrinja ninguna libertad de contratación tales que haya un fundamento perfectamente justificado para ello, no teóricamente, sino prácticamente, y que haya una demanda real para ello por todas las partes interesadas."

El Dr. Melo refutó los argumentos expuestos por Temperley diciendo:

"Brevemente me referiré a la exposición del señor Dr. Temperley. Nosotros no queremos hacer leyes que no estén basadas en los intereses y necesidades del comercio. Tampoco buscamos una situación distinta para los intereses de América, y únicamente aspiramos a una situación igual para el comercio de todas las naciones.

"El régimen de Inglaterra a que se refería el señor Temperley de completa libertad en las cláusulas de contrato de fletamento, fue y no es ya, porque así lo han pedido las colonias. Cuando en 1882 se reunió en Liverpool una asamblea de armadores y cargadores, prevaleciendo los armadores impusieron la libertad absoluta para las cláusulas de irresponsabilidad. Pero ese régimen fue resuelto en toda Europa y ha caído en Inglaterra por las reglas de La Haya del año último. Esas reglas de La Haya tienen como origen el reclamo de las colonias inglesas; son el fruto del Imperial Shipping Committee que se constituyó como consecuencia de la Imperial Star Conference a raíz de los reclamos de Australia y Nueva Zelanda en defensa de su comercio. Esas reglas son una restricción a la libertad de contratar porque están modeladas en la Harter Act, en la ley Canadiense y en la ley de Nueva Zelanda, que definen la responsabilidad legal de todo transportador y prohíben las cláusulas oportunadas que lo eximen con relación a determinados órdenes de obligaciones. ¿Y porqué el Imperial Shipping Committee reclamó esas reglas? Las exigió entre otros motivos por las estadísticas alarmantes de los casos de pérdidas por robos, que según el "Times" (Trade Supplement 20 de septiembre, 1922) habían aumentado en 75 %. De manera que ante eso y otras cosas, por exigencia del comercio de las colonias y porque la aparente libertad no era sino la imposición de las pérdidas sufridas por los navieros, se llegó a las reglas de La Haya que prohíben establecer la irresponsabilidad por pérdida, dolo, negligencia o culpa en el cuidado de la carga.

"Las Reglas de La Haya han tenido que aceptarse porque el régimen de la libertad plena significa olvidar que el contrato de fletamento no es en la realidad el producto de la libre voluntad de las partes sino la adhesión por el cargador a la voluntad de los armadores.

"Nosotros buscamos amparo eficaz para los intereses del comercio de las naciones de América que no tienen navíos para servir ese comercio. Eso es todo lo que pedimos y así basamos en lo que ha sido aceptado en Europa como expresión

En la Segunda Conferencia Nacional de Abogados celebrada en 1936 se aprobó una moción que consistía en solicitar a los poderes públicos que se modificara el Libro III del cód. de comercio, incluyendo una disposición que declarara la nulidad de las cláusulas¹².

En la doctrina extranjera se ha planteado el problema de la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción y se han suscitados los mismos argumentos que entre nosotros¹³.

de concordancia entre encontrados intereses. Los destinatarios de mercancías no deben permanecer atados por cláusulas atributivas de jurisdicción que le obligue a buscar justicia en los puertos de Europa.

"La excepción de un país de negro, en África, incapachados para administrar justicia, no nos debe preocupar. Nosotros no discutimos relaciones para casos excepcionales, ni tenemos porque detenernos ante unas posibles situaciones excepcionales porque entonces olvidáramos la finalidad de esta Asociación, que es tratar de llegar a *Normas universales para todas las naciones civilizadas*."

A moción del delegado inglés Robert Temperley en la sesión plenaria se aprobó la siguiente resolución:

"La Internacional Law Association habiendo considerado los fuertes sentimientos expresados por los negocios de la comunidad de Buenos Aires que todas las disputas entre armadores y consignatarios o los interesados en la entrega de la carga sean decididas en el puerto de destino, recomienda la inserción (en tanto sea posible) de una cláusula en los charter parties y bills of lading en ese sentido y urgir a la International Shipping Conference y a la Chamber of Shipping del Reino Unido para que tome los pasos para asegurar ese objeto." (op. cit., pág. 127).

Hemos transcrito las opiniones de los distintos congresos porque son de sumo interés para la interpretación del problema y creemos oportuno formular las siguientes anotaciones:

1. — Que los congresos utilizaron los términos "freight" y "transport" como sinónimos, cuando en realidad es necesario distinguir el período previo a la carga y sus los problemas que pueden plantearse en el puerto de carga de aquellos que surgen una vez emitido los conocimientos y frente a sus beneficiarios.

El Profesor Sierwinski típicamente planteó esa distinción al comienzo de su exposición.

2. — Está fuera de discusión que si se trata de una cuestión que se plantea en el puerto de carga, con motivo de la ejecución del contrato de fletamento, es razonable la elucidación de la misma en el puerto de carga.

3. — Cuando González Grewland dice que la finalidad inmediata del contrato de fletamento es el transporte de la cosa a un puerto determinada, evidentemente se está refiriendo a la finalidad mediata del contrato, después de la emisión del conocimiento y pasando por alto toda la faz previa de poner el buque a disposición para su carga en virtud de un contrato de fletamento previo.

4. — A través de las palabras de los delegados Sierwinski y Frederiksen se patentaba la necesidad de distinguir entre las relaciones que se establecen entre fletante y fletador y transportador y consignatario.

Para la distinción entre contrato de fletamento y contrato de transporte y relaciones entre fletante y fletador y transportador y consignatario ver nuestros trabajos citados en la nota 15.

¹² Conferencia de Abogados de 1936 (publicación de la Federación). Después de la Comisión de Transportes Marítimos, originado en un proyecto de los doctores Melo y Crespo, y con asistencia de Roberto N. Lobos, delegado del Centro de Cobertaje Argentino.

¹³ Ver Funes Toranzo, *Las Cláusulas de los Conocimientos* (La Cláusula atributiva de jurisdicción), *Et. An.*, 1939, pág. 31.

III. — EL CASO "CONTE C/YRARRA Y CIA."

9. — *Características del caso.* En 1936, la Corte Suprema se abocó nuevamente al estudio de la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción y en el fallo del 16 de noviembre se pronunció decretando la nulidad de la cláusula en concordancia con el dictamen del Procurador General de la Nación Dr. Juan Alvarez.

Es muy importante exponer las características del caso porque contribuyen a fundamentar la decisión del tribunal y las conclusiones que pueden deducirse del estudio del fallo.

Se trataba de un contrato de transporte documentado mediante conocimiento, por el cual la empresa armadora del buque "Cabo de San Agustín" se había comprometido a transportar desde Valencia y a entregar en el puerto de Buenos Aires dos cajones "de azúcar consignados a la firma Buque Conte y Cia.

En el conocimiento, entre otras cláusulas favorables para el transportador, se había establecido una por la cual los tribunales del puerto de Sevilla serían los competentes para entender en cualquier demanda que pudiera plantearse como consecuencia de cumplimiento del referido contrato de transporte.

Al efectuarse la descarga los estibadores sustrajeron parte de la carga y por tratarse de un delito tomó intervención la Prefectura Nacional Marítima, autoridad policial encargada de levantar el correspondiente sumario.

10. — *Dictamen del Procurador de la Nación.* El Dr. Juan Alvarez en su dictamen, después de puntualizar las circunstancias del caso, manifiesta que en su opinión y respecto a situaciones con características tan especiales como las del caso subjudice, sería útil modificar la jurisprudencia existente sobre la validez de la cláusula atributiva de jurisdicción.

Expresamente destaca que la demanda por indemnización de los perjuicios contra el transportador es consecuencia de un delito cometido en el puerto de Buenos Aires y juzgado ya por los tribunales argentinos, proceso del que no puede prescindirse para apreciar si ha incurrido en responsabilidad el capitán por descuidar aquellas precauciones que aconseja la prudencia a fin de evitar el robo.

Independientemente de ese primer argumento, el Procurador de la Nación invoca el art. 100 de la Constitución Nacional, el 67 inc. 12 y los arts. 2, inc. 10, 8 y 12 de la ley 48, así como también el art. 1º de la Ley 50 y los arts. 1091 y 925 del cód. de comercio, para concluir sosteniendo que la jurisdicción es un atributo de la soberanía y que las leyes respectivas son de orden público.

Para reforzar su argumentación recuerda los fundamentos del dictamen del Dr. Matienzo, que el comercio marítimo argentino utiliza para el transporte barcos extranjeros y que así como los

capitanes piden el embargo de la carga y el reconocimiento pericial de la mercadería, es justo admitir la competencia de nuestros tribunales cuando los que se presentan son los consignatarios de la carga, reclamando indemnizaciones por averías o faltas.

11. — *El fallo de la Suprema Corte.* La corte en su fallo sostiene que habiendo la constitución reservado para la nación el derecho de legislar y de resolver todos los conflictos que se planteen en materia de jurisdicción y comercio marítimo, no armoniza con las normas que consagra esa tesis la doctrina de que existe libertad de elegir la ley aplicable o los tribunales que deben entender en los casos que se susciten.

Es un principio reconocido del derecho de gentes —dice el tribunal— que toda Nación tiene jurisdicción sobre sus habitantes, hechos que ocurran en su territorio y en los casos judiciales que se produzcan a consecuencia de los mismos y cita la opinión del Juez Marshall que comentando la cláusula equivalente al inc. 12 del art. 67 de nuestra Constitución Nacional, afirma que el poder de reglar el comercio marítimo es el de prescribir la regla que regulará ese comercio y que el pleno poder sobre la cosa reglada excluye el de otros sobre la misma cosa.

Textualmente dijo el fallo:

“Examinando el Chief Justice Marshall la cláusula semejante de la Constitución de Estados Unidos de Norte América, en la célebre causa “Gibbons v. Ogden” inserta en Whetton, pág. 1 y siguientes y en la Colección de Fallos de Marshall hecha por Dillon (1903, pág. 421), se pregunta: “¿Qué es ese poder? Es el poder de reglar, es decir, de prescribir la regla que gobernará al comercio. Este poder semejante a todos los demás investidos en el Congreso, es completo en sí mismo, puede ejercerse en su mayor extensión, y no reconoce otras limitaciones que las prescriptas en la Constitución. Ellas están expresadas en términos claros y no afectan a las cuestiones que surgen en este caso, o que han sido discutidas en el tribunal”; y haciéndose cargo de un argumento de la parte apelante en el que “hay mucha fuerza y la Corte no está satisfecha de su refutación”, reconoce que como la palabra reglar implica en su naturaleza, el pleno poder sobre la cosa que será reglada, excluye, necesariamente, la acción de todos los otros que deberían efectuar la misma operación sobre la misma cosa”. La misma doctrina interpretativa corresponde al inc. 12 del art. 67 de nuestra Carta Fundamental, pues no es menos asertivo ni preciso el dicho precepto, ni son menos claras las razones de unidad jurisdiccional y de resguardo de

Después de invocar las disposiciones legales citadas en el dictamen del Procurador General se sostiene que lo dispuesto en el art. 1081 del cód. de comercio importa declarar la competencia de los tribunales argentinos, porque de lo contrario no se aseguraría

la aplicación de las disposiciones de este ordenamiento, para concluir diciendo que la jurisdicción federal es de orden público y que sólo es prorrogable por razón del lugar dentro del territorio, pero no en cuanto signifique excluir la competencia de nuestros tribunales.

A la fundamentación que acabamos de poner de manifiesto se agrega todo lo referente al carácter de adhesión que podía invocarse en el caso, sosteniendo la Suprema Corte que se trataba de la ejecución de un contrato de fletamento con cláusulas impresas, prefijadas de antemano por el transportador y que no podía admitirse la validez de una cláusula que había dejado de lado la jurisdicción de nuestros tribunales y disposiciones expresas de la Constitución Nacional, de las leyes federales, del cód. de comercio y aún mismo del cód. penal¹⁴.

Después de anotar los considerandos del fallo y antes de referirnos a las reflexiones que nos sugirió su estudio, nos interesa señalar desde ya que en el caso no estaba de por medio la interpretación de una cláusula de un contrato de fletamento, sino de un conocimiento que documentaba las obligaciones del empresario en un transporte realizado mediante líneas regladas¹⁵.

Si bien podía considerarse realmente que la cláusula era de las incluidas en forma irrazonable por el transportador, no puede

¹⁴ Ver *Observation sur l'arrêt de la Cour de Cassation des Représentants d'Italie du 3 mars 1926*, en "Revue de Droit Maritime Comparé", t. 17, Enero-Junio, 1926, pág. 478.

Para que pueda formar criterio el lector transcribimos los ítem. 8 y 9 de los considerandos del fallo.

Ítem. 8º — "Que careciendo de marina mercante la Nación Argentina, forzosamente sus habitantes, importadores y exportadores, deben someterse a las reglas que el interés y el espíritu nacionalista —y no pocas veces un mal disimulado monoprecio o desconfianza por las leyes y jueces del país— les dicta en forma de cláusulas prefijadas, impresas e ineludibles de un contrato de adhesión; y así la Constitución Nacional, las leyes federales y el Código de Comercio, cuando no el mismo Código penal a pesar de sus categóricas declaraciones y mandamientos con letra muerta frente a quienes, monopolizando el transporte, fijan su ley con el resultado que se denunció sin réplica en las sesiones de la International Law Association de Buenos Aires en 1922: de la pérdida frecuente de los derechos de los consignatarios argentinos, y el correlativo que trae esas cargas (conf. "Boletín de la Sección Argentina"), tomo II, n° 1, págs. 29 y sigs.)."

Ítem. 9º — "Que la jurisprudencia extranjera se orienta hacia la desaprobación o ineficacia de las cláusulas en los contratos de fletamento que, al igual de la n° 30 de la póliza de la. 43, prorrogan la jurisdicción para el conocimiento de dichos contratos. Así la Corte de Casación del Reino de Italia, en fallo del 3 de marzo de 1926, decidió que: «Las cláusulas del contrato que asignan la competencia de los tribunales italianos son malas como contrarias al orden público, de que participe la organización de la jurisdicción y como contrarias a la soberanía del Estado a quien esas cláusulas derogan uno de sus atributos esenciales. (Conf. "Revue de droit maritime comparé", t. 17, págs. 475 y sigs., año 1926)."

¹⁵ Sobre concepto de fletamento y transporte puede verse "Fletamento y contratos sobre utilización del buque" en Enciclopedia Oséba, t. XII, pág. 336 y "Derecho de la Navegación, Particularismo y autonomía", pág. 47.

generalizarse esa manifestación sobre el contrato de adhesión a todas las cláusulas del contrato de transporte y menos aún, extenderse sus conclusiones a las cláusulas de las pólizas de fletamento. Sin embargo, estas fueron las consecuencias que dedujeron los tribunales federales de la resolución dictada por la Corte Suprema en el caso que comentamos y, recién en los últimos años, la Cámara Federal de la Capital está señalando tímidamente una reacción en sentido contrario¹⁸.

IV. — REFLEXIONES

De la lectura y estudio de los considerandos del fallo se desprenden algunas conclusiones de carácter fundamental.

12. — Terminología: *fletamento* y *transporte*. De acuerdo a la denominación moderna, en el caso se trataba del incumplimiento de un contrato de transporte y no de fletamento.

Aún para aquellos que identifican fletamento y transporte es necesario distinguir el contrato que se documenta con el conocimiento y que no supone la extensión previa de una póliza de fletamento, de cuando ha existido este contrato previo.

En el art. 1019 del cód. de comercio se denomina fletamento a carga general al contrato por el cual el capitán del buque recibe efectos de cuantos se le presentan y lo común era en la época de sanción de las normas-fuentes de nuestra ley que el buque permaneciera en puerto hasta obtener carga suficiente.

A fines del siglo pasado y comienzos del presente cambiaron las modalidades del contrato y se realiza el transporte mediante buques de línea y de acuerdo a condiciones comúnmente predefinidas por el transportador que son realmente de adhesión para el titular de la mercadería y de aquí la reacción que se produce en todos los países contra las cláusulas del conocimiento.

Por el contrario, el contrato de fletamento sea a tiempo, por viaje, total o parcial es el que se documenta mediante una póliza extendida generalmente antes de que el buque se encuentre en puerto y a pesar de que se usan formularios clásicos, las condiciones y las obligaciones establecidas son el producto de un cambio de puntos de vista de las partes.

Nuestro Supremo Tribunal utiliza el término fletamento como sinónimo de contrato de transporte marítimo sin perfilar las dis-

¹⁸ Ver op. cit., nota anterior, *Caso Sud América Terrestre vs. Agencias Marítimas Unidas S. R. L.* (buque *Olimpia*), fallo Cám. Federal Cap., del 29 de marzo 1956, publicado en el diario "La Ley", del 8 de julio de 1956.

En el caso "*La Holando Sudamericana Cia. de Seguros vs. Capitán, propietarios, armadores, agentes del buque "Cometa"*", el Dr. Bides en su voto destacó que las cláusulas de un contrato de adhesión son inválidas cuando son arbitrarias e irrazonables, reaccionando en contra de la generalización efectuada por la jurisprudencia de la Cámara Federal.

tintas características que aún dentro de una misma calificación presentan las dos instituciones.¹⁷

13. — *Fundamento de la nulidad.* La cláusula fue considerada nula, en primer lugar y sobre todo, por referirse a un problema de fundamental importancia como es el que concierne a la jurisdicción de los tribunales encargados de dirimir los conflictos que pueden plantearse en caso de incumplimiento de contratos marítimos.

En segundo lugar, se invocó la circunstancia de tratarse de un contrato de transporte o fletamento a carga general, realizado de acuerdo a condiciones predeterminadas por el transportador e impresas en el documento que resulta ser de adhesión para el titular de la mercadería.

14. — *La tesis del contrato de adhesión.* Evidentemente el contrato de transporte, documentado por conocimiento puede calificarse de adhesión y sostenerse que algunas de sus cláusulas responden a una imposición arbitraria de la parte ofertante por traducir una pretensión irrazonable.

Entre ese tipo de cláusulas nulas o anulables judicialmente estaría la que atribuye jurisdicción a los tribunales del puerto de carga, de matrícula del buque o del domicilio del transportador de ultramar, para decidir todos los litigios que pudieran plantearse con motivo del incumplimiento del contrato por faltas o averías de la carga en el puerto de destino.

En ese caso, jugarían o serían invocables todos los argumentos que se han expuesto para declarar la invalidez de las cláusulas del conocimiento y de aquellas abusivas de los contratos de adhesión.

La situación sería distinta si se tratara de una cláusula atributiva de jurisdicción establecida en un contrato de fletamento, mediante el cual el fletante se compromete a poner a disposición del fletador un buque para cualquiera de las finalidades previstas específicamente en el contrato, porque en esos casos no sería invocable el argumento del contrato de adhesión para anular la cláusula por la que las partes acuerdan que cualquier conflicto que se planteara entre ellas tiene que decidirse ante los tribunales de un determinado país.

Hacemos notar que nos estamos refiriendo a las relaciones entre fletante y fletador, documentadas en un convenio celebrado libremente y con la inclusión de cláusulas que son el producto de una libre discusión de las partes.

15. — *Nulidad de la cláusula en el contrato de fletamento.* No obstante lo expuesto en el número anterior, dudamos de que nuse-

¹⁷ Ver nota 15. Fallo del 21 abril de 1960. Registrada al t. 27, f. 340 del Libro de Sentencias.

tros tribunales en esos casos en que no está de por medio un contrato de adhesión, aceptarían declinar su jurisdicción, si se plantea un conflicto en uno de nuestros puertos y algunos párrafos de los considerandos del fallo dictado en el caso "Comte c/ Ybarra" podrían invocarse en apoyo de la jurisdicción de los tribunales argentinos.

La Suprema Corte especificó en los considerandos 4, 5, 6 y 7, que la jurisdicción federal en razón de la materia es inderogable y que es un atributo inherente a la soberanía del Estado Nacional la facultad de decidir los litigios que naturalmente deben ser resueltos por sus tribunales, cuando cualquiera de las partes se presente a los mismos reclamando justicia.

A pesar de que la inderogabilidad de la jurisdicción federal es invocable en el orden interno, se puede decir que se justifica aún más en el orden internacional en ciertos y determinados casos.

Nuestra Constitución consagra la legislación y jurisdicción federal exclusiva por la importancia que revisten las causas de Almirantazgo y jurisdicción marítima y tratándose de conflictos que se planteen ante nuestros tribunales no sería válida la derogación anticipada de su competencia, mediante la atribución de jurisdicción a tribunales que no serían los que tendrían que intervenir imperiosamente en caso de no establecerse cláusula alguna.

La Norma Suprema de nuestro ordenamiento, al igual que la constitución estadounidense reserva al gobierno federal la legislación y jurisdicción en todo lo referente a las causas de Almirantazgo, comercio y jurisdicción marítima, excluyendo tácitamente la posibilidad de que otros Estados ejerzan esas mismas facultades y si se argumenta que en materia de jurisdicción marítima no cabe la renuncia anticipada a la competencia de los tribunales que normalmente deben intervenir, podría sostenerse que a pesar de que el contrato no fuere de adhesión, no tendría valor la cláusula mediante la cual anticipadamente al planteo del caso o conflicto se atribuyera competencia a un tribunal extranjero²⁸.

²⁸ Expresamente se ha resuelto en Estados Unidos y en Inglaterra que los tribunales pueden declarar su jurisdicción a pesar de que anticipadamente alguna de las partes hubiera renunciado a la misma.

En Estados Unidos el tribunal puede declinar o aceptar discrecionalmente su jurisdicción cuando existe una cláusula atribuyendo jurisdicción a un tribunal extranjero. Ver: STURMAN DON, *Bill of Lading Clause of the International Convention of Brussels, 1924* (Hague Rules), *Comparative Law*, 1954.

En el caso: "Carbon Black Export, Inc. vs. Steamship Monroa, and Navigazione Alta Italia", fallado el 18 de abril de 1954, se decidió que aunque se encuentre consagrada en el conocimiento una cláusula arbitral de jurisdicción, según la cual las demandas sólo podrán crederse ante los tribunales de la ciudad de Génova, esa cláusula es contraria al derecho público, y no puede impedir la acción interpuesta por ante los tribunales americanos.

Cabe destacar que en ese caso se trataba del reclamo de un cargador americano contra un armador italiano por incumplimiento de un transporte realizado

Esta conclusión la encontramos latente en los considerandos del fallo "Comte c. Ybarra", así como también en el dictamen del Procurador Matienzo que hemos comentado en el N° 7, pero debemos señalar que es discutible y que en última instancia depende que el tribunal considere o no que esta en presencia de un principio de orden público inderogable, frente al cual carecen en absoluto de valor las cláusulas que pudiesen consagrar los particulares.

16. — *Circunstancias del caso y ambientales en 1936.* El fallo dictado en el caso "Comte c. Ybarra" debe ser analizado en relación a las circunstancias del caso y al ambiente en que se planteó en el año 1936.

El reclamo se interpuso por haberse sustraído, durante la descarga y en nuestro puerto, parte de los efectos transportados; es decir, que se había configurado un delito de competencia de nuestros tribunales, en el que legítimamente había tomado intervención la autoridad policial (Prefectura Nacional Marítima) y estaba de por medio la ejecución de un contrato de transporte cuyo cumplimiento, en última instancia, debía verificarse en Buenos Aires, puerto de descarga y de entrega de la mercadería.

Hasta ese entonces se había reconocido la validez de todas las cláusulas del conocimiento y en muchos casos resultaban ilusorios los derechos de los consignatarios, porque no les convenía recurrir por faltas o averías en las mercaderías a tribunales extranjeros, con todos los inconvenientes que trae aparejada la radicación de un juicio ante tribunales de otros países.

Nuestro país no tenía marina mercante y todo el transporte de ultramar se realizaba en buques de pabellón extranjero, cuyos armadores establecían cláusulas que reducían al mínimo o prácticamente suprimían los derechos de los consignatarios.

Realmente el contrato de transporte en buques extranjeros, documentado por conocimientos redactados a su arbitrio por los armadores, podía calificarse de adhesión, porque los titulares de la mercadería, cargadores o consignatarios, debían ajustarse a las

de Estados Unidos a puertos italianos y que la acción se fundaba en conocimientos en los cuales se había establecido una cláusula atributiva de jurisdicción a los tribunales del puerto de Génova.

Se invocó la regla establecida por la cual "las previsiones de los contratos que intenten privar de jurisdicción a las Cortes por adelantado, son nulas". También se dijo que el contrato de transporte había sido ejecutado parcialmente en jurisdicción americana.

Véase: *American Maritime Cases*, 1939 N° 4, junio, pág. 1335.

Sobre el carácter constitucional y de orden público de la jurisdicción de los tribunales americanos. Véase *Standard W. L.*, obra citada y comentarios expuestos en las notas 11 y 22 de nuestro trabajo "La Conferencia de Bruselas de 1957 sobre unificación de la legislación marítima". (*Standard W. L., Limited See Disaster Liability*, "Bar Bulletin of the New York County Lawyer's Association", sept-nov. de 1954).

condiciones prefijadas por el transportador que generalmente no contemplaba los intereses de aquellos.

El caso "Comte c/Ybarra" era muy propicio para que se realizara un cambio de jurisprudencia en materia de validez de la cláusula atributiva de jurisdicción y de aquí que se invocaran en el fallo las circunstancias del caso y del medio ambiente que justificaban la declaración de competencia de nuestros tribunales y la anulación de la cláusula.

17. — El problema fundamental en el caso "Comte c/Ybarra". Independientemente de la solución de la sentencia que se ajustaba en un todo a las características del caso, en la resolución de la Suprema Corte se plantea el problema de la jurisdicción federal en causas de Almirantazgo y jurisdicción marítima.

Expresamente se dijo que el ejercicio de la jurisdicción siempre se ha considerado como un atributo de la soberanía estatal y si en el conocimiento se reserva a los tribunales extranjeros la decisión de los reclamos a plantearse contra los armadores o transportadores se sustraen a la competencia de los tribunales argentinos, casos que por imperio de la Constitución Nacional deben ser resueltos por la justicia federal.

El problema fundamental a resolver —que como hemos dicho se encuentra latente en el fallo del caso "Comte c/Ybarra" se puede resumir en la siguiente proposición.

¿Es válida la renuncia anticipada a la jurisdicción de nuestros tribunales en las causas marítimas cuando de no existir la cláusula tendrían que ser resueltas por nuestros tribunales?

Si se contesta afirmativamente la pregunta, evidentemente sería nula toda cláusula que derogara anticipadamente la jurisdicción de nuestros tribunales, aunque se encuentre inserta en un contrato de fletamento, celebrado por las partes en un pie de igualdad.

Por el contrario, si se adopta la tesis de que la cláusula fue declarada nula por considerar que no había sido aceptada libremente por las partes, nada impediría reconocer válidas a la cláusula si la misma se inserta en un contrato de fletamento que no pudiera sostenerse que fue el producto de una imposición de la parte más fuerte en el contrato.

18. — Consecuencias del fallo "Comte c/Ybarra". Así como hasta el año 1936 se reconoció, en principio, validez a las cláusulas del conocimiento, a partir de entonces la tendencia fue precisamente la contraria y se declararon inválidas todas las cláusulas del conocimiento que contradecían las disposiciones de nuestra ley, sin examinar si las mismas respondían a una imposición arbitraria y si las disposiciones de la ley debían ser revestidas del carácter de orden público.

Puede confirmarse la exactitud de nuestra afirmación, consultando los fallos posteriores al dictado por la Cámara Federal

en el mismo caso "Comte c/Ybarra y Cia", cuando este tribunal se abocó a las defensas de fondo¹⁸.

Hemos tenido oportunidad de pronunciarnos en numerosas oportunidades acerca del criterio que debe seguirse al encarar la aplicación de las cláusulas del conocimiento y es absurdo anular cláusulas razonables que se encuentran justificadas causalmente y que no contradicen ningún principio de orden público de nuestra legislación¹⁹.

Si los conocimientos reflejan las condiciones de acuerdo a las cuales se realiza el transporte marítimo de ultramar, contemplando los más diversos intereses contrapuestos, no pueden generalizarse afirmaciones que sólo tienen vigencia para aquellos casos en que las cláusulas responden a una imposición arbitraria y entonces sí puede argumentarse que son contrarias a los principios consignados en los arts. 21, 300/2, 963 del Código civil y concordantes de nuestro ordenamiento.

La Cámara Federal de la Capital en algunos votos del Dr. J. F. Bidas está insinuando una saludable reacción frente a esa tendencia injustificada y que se sintetiza en la calificación de nulas a todas las cláusulas del conocimiento.

V. — PROYECTO DE LEY

Con posterioridad al fallo de la Suprema Corte de 1936 en el Congreso de Montevideo de 1940 se consagraron las ponencias que en 1922 en la Conferencia de la International Law Association habían formulado los delegados argentinos.

González Gowland fue quien actuó como miembro informante del Tratado de Navegación Comercial y precisamente en su exposición destacó el movimiento general en el sentido de declarar la nulidad de las cláusulas atributivas de jurisdicción, mencionando el proyecto de revisión del Cód. de Comercio Francés, el Cód. de Navegación de Marruecos de 1919, la Ley de Nueva Zelandia de 1922, de Australia de 1924 y el art. 10 de la Ley de abril de 1936, de Francia.

En el art. 27 del Tratado se establece que es nula toda cláusula del contrato de fletamento y de transporte de mercaderías

¹⁸ Comte c/Ybarra y Cia. fallo de la Cámara Federal de la Capital, de fecha 7 de noviembre de 1938, en "J. A.", t. 64, pág. 407.

Prinos Bisco, vs. Lempert y Holt Line Ltd. y otros, fallo Cám. Fed. Cap. 17 marzo 1941 en "J. A.", t. 73, pág. 231.

Anderson Clayton y Cia. c/Comp. propietaria y armadora de los buques "Elton Granger" y "Southern Prince", fallo Cám. Fed. Cap. 6 noviembre 1946, en "La Ley", t. 46, pág. 311.

¹⁹ Consideraciones sobre el contrato de transporte por agua y la validez de las cláusulas del conocimiento en "La Ley", t. 81, Secc. Doct. Var: Enciclopedia Osada, Fallos recientes y fallos comerciales, Var: op. cit., nota 16.

que establezca otra competencia que la de los tribunales del lugar de ejecución o a opción del demandante los del domicilio del demandado²¹.

Antes de finalizar nuestra exposición deseamos señalar que Malvagni en su proyecto de ley general de la navegación, establece la nulidad de toda cláusula atributiva de jurisdicción a un tribunal distinto que los nuestros, cuando se trata de contratos de fletamento total o parcial o de transporte de cosas o personas y cuyas obligaciones respectivas deban cumplirse en la República.

Textualmente dice el art. 832:

"Los tribunales nacionales son competentes para conocer
" en los juicios derivados de los contratos de utilización de
" los buques cuando las obligaciones respectivas deban cum-
" plirse en la República, salvo la opción del demandante por
" los tribunales del domicilio del demandado.

En los contratos de fletamento total o parcial o de trans-
" porte en líneas regulares o de buques aislados en un buque
" cualquiera, o de personas y en general, en todo contrato en
" que el transportador asuma la obligación de entregar los
" efectos en destino, es nula toda cláusula que establezca
" otra competencia".

Con la disposición redactada con acierto por Malvagni se consagra la nulidad para todos los contratos de fletamento, total o parcial y para el contrato de transporte de cosas o de personas sólo en cuanto las obligaciones de las partes deban cumplirse en la República.

²¹ En materia de transporte aeronáutico el art. 38 de la Convención de Varsovia de 1929 establece a opción del demandante la jurisdicción del domicilio del transportador, del domicilio principal de su explotación o del lugar donde posea un establecimiento por cuyo conducto haya sido ultimado el contrato y en el art. 32 de la Convención se aclara que son nulas las cláusulas del contrato de transporte que modifique su regulación legal mediante la determinación de la ley aplicable o modificando las reglas de competencia.

GUESTIONES PENOLOGICAS

1ª PARTE

LOS CONGRESOS PENITENCIARIOS INTERNACIONALES

D. ANGEL E. GONZALEZ MILLAN

Profesor Asociado Interino de Derecho Penal I

La reforma carcelaria que tradicionalmente se simboliza en la persona y en la obra de John Howard (1726-1790), aunque podrían señalarse en varios países precursores e iniciadores anteriores o contemporáneos a él, fue a fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX un movimiento humanitario de carácter internacional. Sus finalidades paralelas eran las de mejorar el estado de las cárceles y la suerte de los reclusos y preparar las condiciones necesarias para organizar debidamente la ejecución de las penas privativas de libertad que, paulatinamente se iban introduciendo en la legislación penal de los diferentes países en reemplazo de las penas corporales y de la pena capital. Para alcanzar y consolidar esos propósitos se organizaron en algunos países sociedades privadas destinadas a difundir esos ideales humanitarios, no sólo en el interior de sus respectivas fronteras sino también en otros países. Luego, como una consecuencia natural de ese movimiento, y para intercambiar informes sobre el progreso de la reforma penitenciaria y discutir los medios más idóneos, las personas interesadas en esta cuestión por razones profesionales o filantrópicas, acordaron reunirse con cierta periodicidad. Tal fue el origen de los congresos penitenciarios internacionales. Comenzaron por ocuparse de cuestiones estrictamente penitenciarias y, a poco andar abarcaron un horizonte mucho más amplio: la prevención del delito y el tratamiento del delincuente.

■ ■ ■

Antes de ocuparnos de los congresos penitenciarios internacionales, debemos señalar que en algunos países las cuestiones penitenciarias ya habían merecido la atención de congresos científicos nacionales, los cuales no fueron convocados para ocuparse estricta y exclusivamente de esta materia. Así, por ejemplo, No-

velli señala que en Italia examinaron problemas carcelarios los congresos de Florencia (1841); Padua (1842) y Luca (1843)¹. En la sección de Medicina del Congreso de Florencia, Mittermaier, Roncivocchi y Petitti, presentaron trabajos sobre los efectos higiénicos del sistema celular².

Los congresos penitenciarios internacionales los podemos dividir en tres series que, con algunas interrupciones motivadas casi siempre por las vicisitudes de la política internacional y de las guerras mundiales, cubren holgadamente más de un siglo de la evolución de la política penal y penitenciaria del mundo occidental. Estas tres series son:

- 1º) Los congresos penitenciarios internacionales de organización privada (1846-1857).
- 2º) Los congresos penitenciarios auspiciados oficialmente por los Estados, la mayoría de los cuales fueron organizados por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria (1872-1950).
- 3º) Los Congresos sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, organizados por las Naciones Unidas que son, históricamente, continuación de la serie de la CIPP (1955-....).

La primera serie de congresos se compone de tres reuniones que se celebraron en Frankfort-am-Main (1846), Bruselas (1847) y Frankfort-am-Main (1857), todos ellos durante el mes de septiembre. Ya en 1838, Ed. Decapetiaux, en ese tiempo Inspector General de las Prisiones y de los Establecimientos de Beneficencia de Bélgica y ardiente propulsor del sistema celular, había lanzado la idea de realizar esos congresos para preparar y acelerar la reforma penitenciaria en Europa³. Algunos autores, como Jiménez de Asúa⁴, niegan que los congresos de Frankfort (1846)

¹ GIOVANNI NOVELLI, *La autonomia del Diritto Penitenziario*, en "Rev. Penal y Penitenciaria", *Ba. An.*, Tomo VIII, (1943), p. 440.

² *Actes du Congrès Penitenciaire International de Rome*, Tome Second, Deuxième Partie, Rome, 1867, p. 343. Otras referencias a esos tres congresos nacionales en págs. 283 y 344.

³ Decapetiaux pensaba que esos congresos "no se ocuparían solamente de la cuestión penitenciaria, sino también de todo lo que se relaciona con el mejoramiento físico, intelectual y moral de las naciones. He ahí ciertamente un campo vasto y un plan que debe merecer la atención de todos los hombres de bien. La ejecución de ese plan podría ser la señal y el origen de una vasta asociación a la cual se unirían todos aquellos en los que el espíritu de egoísmo, esa enfermedad de nuestro siglo, no haya sofocado todo germen de simpatía por los grandes intereses de la humanidad." Agregaba que esos congresos se reunirían alternativamente en las grandes ciudades de Francia, Alemania, Inglaterra, Suiza y Bélgica. (Cfr.: Ed. Decapetiaux, *Des progrès et de l'état actuel de la réforme pénitentiaire...*, Tomo III, Bruselas, 1858, p. 350).

⁴ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, primera edición, *Ba. An.*, 1950, p. 251 y 253, y *Congresos Nacionales e Internacionales de Ciencia Penal*, en "La Ley", del 27 de agosto de 1948.

y Bruselas (1847) merezcan la calificación de internacionales, mientras que otros como Molinario³ la sostienen. Así, respecto al de Frankfort (1846), Jiménez de Asúa dice que tuvo lugar "por espontánea iniciativa de las personas que se interesan por estos asuntos, y la mayor parte de los asistentes fueron alemanes". En cambio del congreso de Frankfort (1837), aunque no da los motivos de la distinción, expresa "que tuvo ya carácter internacional". El carácter internacional del congreso de Frankfort (1846) es evidente con sólo recordar: (a) La invitación fue firmada por 17 de los más calificados penitenciarios de la época, pertenecientes a Suiza, Inglaterra, Dinamarca, Bélgica, Francia, Países Bajos y Alemania. Asistieron, además, miembros de Rusia, Suecia, Noruega y Estados Unidos; (b) Dos de las seis sesiones del Congreso estuvieron destinadas a la presentación de exposiciones sobre la reforma penal y penitenciaria en los países representados; (c) La elección de Frankfort obedeció a conveniencias circunstanciales porque al mismo tiempo se realizaba allí una reunión de abogados, historiadores y filólogos de Alemania; (d) El Congreso de Bruselas (1847) fue realizado como continuación del de Frankfort y allí se resolvió la realización de otro, en 1848, en Suiza o Países Bajos, que los acontecimientos políticos europeos habrían de frustrar.

El Congreso Internacional de Frankfort (1846), luego de haber analizado, comparándolos, los regímenes penitenciarios de Auburn, Filadelfia, Ginebra y de Obermaier, prácticamente por unanimidad aprobó siete resoluciones sobre la forma de aplicar el régimen celular y una octava en la que expresaba que "la revisión de las leyes penales, la organización por ley de la inspección de las prisiones y de los comités de inspección, la institución del patronato de condenados liberados, deben ser considerados como el complemento indispensable de la reforma penitenciaria"⁴. Por su parte, el Congreso de Bruselas (1847), que tomó como punto de partida las resoluciones adoptadas el año anterior en Frankfort, aprobó tres resoluciones: la primera expresa que es necesario establecer casos especiales de educación correccional para los reclusos jóvenes —principio que aún espera aplicación en numerosos países—; la segunda establece las condiciones esen-

³ Alfonso J. Molinario, *Algunos aspectos del dualístico congreso penal y penitenciario internacional celebrado en La Haya entre el 12 y el 19 de agosto de 1850*, en "Anuario del Instituto de Derecho Penal y Criminología", n.º 3, Sa. An., 1931, p. 263.

⁴ Tanto las resoluciones de este congreso como las del realizado en Bruselas pueden verse en Carrotan, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1855, pp. 437-441. Este autor incluye además el programa aprobado en Bruselas para el congreso que debió realizarse en 1848 en Suiza o Países Bajos. El frustrado congreso debía ocuparse: 1.º Organización del personal; 2.º Control, vigilancia y visitas; 3.º Régimen físico; 4.º Trabajo; 5.º Educación e instrucción; 6.º Régimen disciplinario (castigos y recompensas); 7.º Patronato; 8.º Colonias Agrícolas; y 9.º Influencia del sistema penitenciario sobre la legislación penal.

ciales para la construcción y administración de prisiones celulares, y la tercera y última se refiere a la importancia del personal penitenciario. El tercero y último congreso de esta serie, tras una interrupción de diez años, se realizó en Frankfurt (1857). Este congreso no se ocupó exclusivamente de cuestiones penitenciarias. Fue un Congreso de Caridad, Corrección y Filantropía, dividido en tres secciones: Beneficencia, Educación e Instrucción y Reforma Penal. Las tres extensas resoluciones adoptadas en esta ocasión versaron sobre: (1) Confinamiento celular: condiciones y limitaciones de su aplicación; (2) Libertad condicional; y (3) Instituciones especiales para el mejoramiento de los delincuentes juveniles, mendigos y vagabundos, niños viciosos, abandonados y moralmente descuidados.

La segunda serie de congresos penitenciarios internacionales, ya con auspicio oficial de los gobiernos, se inaugura con el realizado en Londres en 1872. En su organización tuvo un papel importantísimo Enoch C. Wines. En 1868 el conde Wladimir Sobolew, Director de la Prisión de Moscú, escribió a Wines, entonces Secretario de la Asociación de Prisiones de New York, proponiéndole la realización de un congreso internacional para discutir problemas penitenciarios. Wines recogió con entusiasmo la idea. Tras haberla presentado, sin resultados, a la *Prison Association of New York*, en 1869, la hizo triunfar en el congreso penitenciario nacional efectuado en Cincinnati en 1870¹. Comisionado por el Presidente Grant recorrió Europa en 1871 y logró interesar a los gobiernos. El resultado más importante y duradero de este congreso internacional fue la formación de una comisión internacional permanente que, poco después, tendría carácter oficial y se llamaría "Comisión Penitenciaria Internacional", hasta 1929, en que para señalar mejor el campo de sus actividades se llamó "Comisión Internacional Penal y Penitenciaria"². El artículo primero de su Reglamento Constitucional, elaborado en Estocolmo y revisado por última vez en Berna, establece que la comisión "tiene por misión estudiar las cuestiones relativas a la prevención del delito y al tratamiento del delincuente, a efectos de ilustrar a los gobiernos sobre las medidas a tomar para prevenir las infracciones a la ley penal y para desarrollar sus sistemas penitenciarios de la manera más progresiva y más adecuada, en vistas particularmente del tratamiento educativo y de la readaptación social de los criminales y delincuentes". La comisión se componía de delegados oficialmente designados.

¹ El Congreso de Cincinnati tiene extraordinaria influencia en el desarrollo de la penología americana y aun mundial. Elaboró una "Declaración de Principios". Los 37 principios fueron revisados y reformados en el 10º Congreso anual en la *American Correctional Association* (Octubre, 1930). A sugerencia de Wines, con el título de *La cuestión penal*, en 1871, se hizo de él: una edición en español que estaba destinada a hispanoamérica.

² La obra de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria 1872-1942, en "Revista Penal y Penitenciaria", B. A., tomo VIII (1942), pp. 247-254.

nados por los gobiernos adheridos a ella. Nuestro país se incorporó a la CIPP en 1934. Fue su primer delegado oficial el Prof. Dr. José María Paz Anchorena. Una de las actividades fundamentales de la CIPP fue la de convocar y organizar los congresos penitenciarios internacionales que, a partir de 1930, se denominaron congresos penales y penitenciarios.

Doce fueron los congresos efectuados entre 1872 y 1950. Tuviron lugar en los lugares y en las fechas que se indican a continuación: I, Londres (1872); II, Estocolmo (1878); III, Roma (1885); IV, San Petersburgo (1890); V, París (1895); VI, Bruselas (1900); VII, Budapest (1905); VIII, Washington (1910); IX, Londres (1925); X, Praga (1930); XI, Berlín (1935), y XII, La Haya (1950). De cada congreso se editaron las actas, generalmente en varios volúmenes, que en sus 33.000 páginas encierran —en expresión de T. Sellin— y contienen una mina de informaciones preciosas sobre el movimiento de la reforma penal y penitenciaria desde 1872 a 1950⁹. Nuestro país participó con cierta regularidad en esta serie de congresos¹⁰.

Resulta imposible enumerar y comentar aquí las decenas de cuestiones tratadas y resumir el contenido de las resoluciones de esos doce congresos, que cubren un período de 80 años de elaboración doctrinaria y experiencias en el campo de la prevención del delito y el tratamiento del delincuente. Inclusive un mismo tema ha sido examinado en diferentes épocas y ello daría motivo a análisis críticos que no corresponde realizar ahora, sino al tratar temas concretos¹¹.

El XII y último Congreso Internacional Penal y Penitenciario, con el que se cierra esta serie, se efectuó en La Haya (1950). Allí se trataron estas cuestiones de palpitante actualidad¹²:

⁹ Para facilitar la consulta de las actas de todos los congresos, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, poco antes de su disolución (1951), editó un índice analítico y de nombres, que constituye una herramienta de trabajo de incalculable valor práctico.

¹⁰ La participación argentina en el período 1872-1930 fué estudiada por el Dr. José María Paz Anchorena, *Origen y desarrollo de los Congresos Penitenciarios Internacionales* ("Boletín del Patronato de Reclusos y Liberados", Bs. As., Año III, n.º 2, octubre de 1936, pp. 19-22) y abarcando todo el ciclo (1872-1950), por Aarazo J. Molinari (Op. cit., pp. 264-266).

¹¹ La abundante lista de cuestiones tratadas entre 1872 y 1935 puede verse en el trabajo de Paz Anchorena citado con anterioridad (pp. 9-19 y 31-36). Un buen resumen sobre los temas más importantes y actuales que se examinaron en los congresos, entre 1872 y 1940, puede consultarse en *La obra de la C. I. P. P. 1872-1942* ("Revista Penal y Penitenciaria", Bs. As., Tomo VII (1942), pp. 264-266). Allí se expresa que "Los problemas puramente penitenciarios fueron, primeramente, objeto principal de la discusión, pero una importancia cada vez pronto que reconocerse a los problemas, más amplios, del tratamiento de los delincuentes y de la industria culpable, y al desarrollo del derecho penal en sus límites; penetraron, así, los libros de la sociología y de la biología criminal" (p. 264).

¹² El texto completo de las cuestiones, sus comentarios preliminares y las resoluciones aprobadas pueden verse en B. Parravano, *El Congreso Internacional Penal y Penitenciario de La Haya, "Revista Penal y Penitenciaria", tomo XV (1950), pp. 22-40*.

Sección I

- 1) Examen del acusado previo al juicio, para ayudar al juez en la elección de la medida apropiada a las necesidades del individuo delincuente.
- 2) Utilización de la ciencia psiquiátrica en las prisiones, tanto para el tratamiento médico de ciertos delincuentes como para la clasificación de los penados y la individualización del régimen penitenciario.
- 3) Bases para la clasificación de los condenados en los establecimientos penitenciarios.

Sección II

- 1) Medida en que las instituciones abiertas están llamadas a reemplazar a la prisión clásica.
- 2) Tratamiento y liberación de los delincuentes habituales.
- 3) Organización del trabajo penitenciario para obtener, a la vez, un beneficio moralizador y un rendimiento económico y social útil.

Sección III

- 1) Reemplazo de las penas de prisión de breve duración (libertad a prueba, multa, trabajo a domicilio, etc.).
- 2) Reglamentación de la liberación condicional. Tratamiento especial para los reclusos próximos a egresar.
- 3) Casillero judicial. Creación, publicidad y organización. Rehabilitación del condenado.

Sección IV

- 1) Progresos obtenidos en el tratamiento de los adolescentes delincuentes (Reformatorios, instituciones Borstal, prisiones-escuela, etc.).
- 2) Protección de la infancia moral y materialmente abandonada. Tribunales de menores.
- 3) Extensión al tratamiento de los delincuentes adultos de experiencias realizadas con los delincuentes juveniles.

El 1º de octubre de 1951, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, alma mater de esta segunda serie de congresos internacionales, era oficialmente disuelta. Desapareció así la más antigua organización penitenciaria internacional consagrada a la reforma penitenciaria¹². Un convenio entre la CIPP y las Naciones Unidas, aprobada por resolución 415 (V) de su asamblea

¹² THORVEN SOLLER, *La disolución de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria*, en "Revista Penal y Penitenciaria", Es. As., Tomo XVI (1951), pp. 59-62.

general, determina, entre otras cosas, que las Naciones Unidas deben continuar organizando, cada cinco años, los congresos penitenciarios internacionales. La desaparición de la CIPP como organismo intergubernamental obedeció a que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas decidió que la prevención del delito y el tratamiento del delincuente debía ser uno de sus campos de interés y que la organización debía asumir la dirección internacional en esta materia. La duplicación de actividades tornó necesaria la disolución de la vieja institución nacida al amparo del primer congreso internacional (Londres, 1872).

Iniáase así la serie actual de congresos que las Naciones Unidas auspician cada cinco años. Los denomina "sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente", y son continuación histórica de los organizados por la CIPP.

El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente efectúase en Ginebra (22 de agosto - 3 de setiembre de 1955). Participan de estos congresos miembros de tres categorías: (a) Delegados oficiales, especializados en los temas de sus programas, designados por sus respectivos países; (b) Representantes de organismos especializados interesados y de las organizaciones no gubernamentales que mantienen relaciones de trabajo con las Naciones Unidas; y (c) Personas que actúan a título personal, calificadas por sus conocimientos o experiencia en la materia.

El Congreso de Ginebra se ocupó de estos cinco temas¹⁴:

Sección I

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Selección y formación profesional del personal penitenciario.

Sección II

Establecimientos penales y correccionales abiertos. Trabajo penitenciario.

Sección III

Prevención de la delincuencia de menores.

El segundo congreso de esta serie está anunciado para el 8-20 de agosto de 1960, en la ciudad de Londres. Tratará los temas siguientes:

¹⁴ Las Naciones Unidas no publican las actas, como lo hacía la CIPP. En su reemplazo se edita un informe que resume lo esencial del Congreso. Véase el documento de las Naciones Unidas: A/CONF.6/3, que contiene el Informe de la Secretaría sobre el congreso de Ginebra (Número de venta: 1956.IV.4). El texto de las resoluciones puede consultarse en la "Revista Penal y Penitenciaria", B. A., Tomo XX (1955/56/57), pp. 119-164.

- 1) Nuevos tipos de delincuencia de menores: Su origen, prevención y tratamiento.
- 2) Servicios especiales de policía para la prevención de la delincuencia de menores.
- 3) Prevención de los tipos de delincuencia que son consecuencia de los cambios sociales y del desarrollo económico en los países poco desarrollados.
- 4) Penas privativas de libertad de corta duración.
- 5) Tratamiento anterior a la liberación y asistencia postinstitucional; ayuda a las personas que están a cargo de los reclusos.
- 6) Integración del trabajo penitenciario con la economía nacional, inclusive en lo que respecta a la remuneración de los reclusos.

Entre el primer congreso penitenciario internacional (Frankfort, 1846), de organización privada, y el primer congreso auspiciado por las Naciones Unidas (Ginebra, 1955) queda encerrado un siglo de evolución penal y penitenciaria. Entre ambas fechas se inserta el brillante ciclo de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, en cuyas actas "se encuentra reunido un importante material, del cual, en el fondo, poco se ha aprovechado desde el punto de vista del derecho penal y penitenciario comparado y de la historia de la reforma penal desde fines del siglo XIX". Nos falta una investigación profunda y sistemática que permita evaluar correctamente la influencia que estos congresos han tenido en el desarrollo y evolución progresista de los regímenes penitenciarios y en las modificaciones introducidas, como consecuencia de ese movimiento, en la legislación de cada país. Esta es otra página en blanco de la historia penológica. Con todo, en términos generales, hay que reconocer que los congresos internacionales, tanto por sus debates, como por la difusión de los diversos regímenes penitenciarios nacionales, como por los contactos personales entre especialistas de las diversas regiones del mundo y por las posibilidades que crearon de conocer directamente los diversos tipos de establecimientos del país donde ellos se reúnen y de otros Estados limítrofes, han prestado y prestarán una contribución incalculable al progreso penal y penitenciario, tanto en el campo de las realizaciones penitenciarias, que en esta materia es lo que más importa, como en el plano de las especulaciones doctrinales. Compendio y al par fruto sazonado y semilla fecunda de los congresos correspondientes al período de la ex Comisión Internacional Penal y Penitenciaria es el *Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, que adoptó el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955). Sus 94 reglas son el resultado de un sostenido esfuerzo por establecer las bases humanas y técnicas mínimas para los sistemas penitenciarios de todos los países del mundo civilizado de nuestro tiempo.

TEXTOS

1

TRATADOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SUSCRITOS EN MONTEVIDEO EN 1889 Y 1940

III.—TRATADO DE NAVEGACION COMERCIAL INTERNACIONAL

TEXTO DE 1889

Nota: El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889, incluye las disposiciones referentes a la Navegación Comercial.

TEXTO DE 1940

TÍTULO I

De los buques

Art. 1. — La nacionalidad de los buques se establece y regula por la ley del Estado que otorgó el uso de la bandera. Esta nacionalidad se prueba con el respectivo certificado legitimamente expedido por las autoridades competentes de dicho Estado.

Art. 2. — La ley de la nacionalidad del buque rige todo lo relativo a la adquisición y a la transferencia de su propiedad, a los privilegios y otros derechos reales, y a las medidas de publicidad que aseguren su conocimiento por parte de terceros interesados.

Art. 3. — Respecto de los privilegios y otros derechos reales, el cambio de nacionalidad no perjudica los derechos existentes sobre el buque. La extinción de esos derechos se regula por la ley de la bandera que legalmente enarbolará el buque en el momento en que se operó el cambio de nacionalidad.

Art. 4. — El derecho de embargar y vender judicialmente un buque, se regula por la ley de su situación.

TÍTULO IV

De los choques, abordajes y naufragios

Art. 11. — Los choques y abordajes de buques se rigen por la ley del país en cuyas aguas se producen, y quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales del mismo.

Art. 12. — Si los choques y abordajes tienen lugar en aguas no jurisdiccionales, la ley aplicable será la de la Nación de su matrícula.

Si los buques estuvieran matriculados en distintas naciones, regirá la ley del Estado más favorable al demandado.

En el caso previsto en el inciso anterior, el conocimiento de la causa corresponderá a los tribunales del país a que primero arriben.

Si los buques arriban a puertos situados en distintas países, prevalecerá la competencia de las autoridades que presencien en el conocimiento del suceso.

Art. 13. — En los casos de naufragio serán competentes las autoridades del territorio marítimo en que tiene lugar el siniestro.

Si el naufragio ocurre en aguas no jurisdiccionales, conocerán los tribunales del país del pabellón del buque o los del domicilio del demandado, en el momento de la iniciación del juicio a elección del demandante.

TÍTULO V

De los abordajes

Art. 5. — Los abordajes se rigen por la ley del Estado en cuyas aguas se producen y quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales del mismo.

Art. 6. — Si el abordaje se produce en aguas no jurisdiccionales, entre buques de la misma nacionalidad, será aplicable la ley de la bandera, y los tribunales del Estado a que ésta corresponda tendrán jurisdicción para conocer de los casos civiles y penales derivadas del abordaje.

Art. 7. — Si el abordaje se produce en aguas no jurisdiccionales entre buques de distinta nacionalidad, cada buque estará obligado en los términos de la ley de su bandera, no pudiendo obtener más de lo que ella le concede.

Art. 8. — En el caso del artículo anterior, las acciones civiles deberán intentarse, a elección del demandante:

- a) ante los jueces o tribunales del domicilio del demandado;
- b) ante los del puerto de la matrícula del buque;
- c) ante los que ejerzan jurisdicción en el lugar en donde el buque fué embargado en razón del abordaje, o hiciera su primera escala, o arribare eventualmente.

Art. 9. — En igual caso, los capitanes u otras personas al servicio del buque, no pueden ser encausados penal o disciplinariamente, sino ante los jueces o tribunales del Estado cuya bandera amarbola el buque en el momento del abordaje.

Art. 10. — Todo accionar, por causa del abordaje, del propietario o armador del buque, puede obtener su embargo judicial o su detención, aunque así próximo a partir.

Este derecho puede ser ejercido por los nacionales o los extranjeros domiciliados en cualquiera de los Estados contratantes, respecto de los buques de nacionalidad de alguno de dichos Estados, cuando se encuentran en la jurisdicción de los tribunales del otro.

El procedimiento relativo al embargo, al levantamiento o a la detención judicial del buque y los incidentes a que puedan dar lugar, están sujetos a la ley del juez o tribunal que ordene tales medidas.

Art. 11. — Las precedentes disposiciones sobre abordaje se extienden a la colisión entre buques y cualquiera propiedad mueble o inmueble, y a la reparación de los daños causados como consecuencia del pasaje o navegación de un buque por la proximidad de otro, aún cuando no exista contacto material.

Título III

De la asistencia y del salvamento

Art. 12. — Los servicios de asistencia y salvamento prestados en aguas jurisdiccionales de uno de los Estados, se regirán por la respectiva ley nacional.

Si tales servicios se prestaren en aguas no jurisdiccionales, se regirán por la ley del Estado cuya bandera amarbola el buque asistente o salvador.

Art. 13. — Las acciones que se suscitaren sobre servicios de asistencia y salvamento se decidirán:

1.º — Cuando ellos se presten en aguas jurisdiccionales, por los jueces o tribunales del lugar en donde se han prestado.

2.º — Cuando se presten en aguas no jurisdiccionales, a elección del demandante;

a) ante los jueces o tribunales del domicilio del demandado;

b) ante los de la matrícula del buque auxiliado;

c) ante los que ejerzan jurisdicción en el lugar en donde el buque auxiliado hiciera su primera escala o arribare eventualmente.

Art. 14. — Las precedentes disposiciones se aplican a los servicios de asistencia y salvamento, prestados por buques a aeronaves en el agua, o viceversa. Igualmente a los servicios que a unos o a otras se presten por personas desde la costa o por construcciones flotantes.

TÍTULO VIII

De las averías

Art. 21. — Las averías gruesas o comunes se rigen por la ley del país de la matrícula del buque en que han ocurrido.

No obstante lo expuesto en el inciso anterior, si esas averías se han producido en el territorio marítimo de un solo Estado, se regirán por sus leyes.

Art. 22. — Las averías particulares se rigen por la ley aplicable al contrato de fletamento de las mercaderías que los sufren.

TÍTULO IX

De las averías

Art. 23. — La ley de la nacionalidad del buque determina la naturaleza de la avería.

Art. 24. — Las averías particulares relativas al buque, se rigen por la ley de la nacionalidad de éste. Las referentes a las mercaderías embarcadas,

Art. 14.—Los juicios de averías particulares se radicarán ante los tribunales del país en que se entregue la carga.

por la ley aplicable al contrato de fletamento o de transporte.

Son competentes para entender en los respectivos juicios, los jueces o tribunales del puerto de descarga, o, en su defecto, los del puerto en que aquella debió operarse.

Art. 17.—Las averías comunes se rigen por la ley vigente en el Estado en cuyo puerto se practica su liquidación y parratos.

Excepcionalmente lo concerniente a las condiciones y formalidades del acto de avería común, las cuales quedan sujetas a la ley de la nacionalidad del buque.

Art. 18.—La liquidación y parratos de la avería común se harán en el puerto de destino del buque y, si éste no se alcanzara, en el puerto en donde se realice la descarga.

Art. 21.—Son competentes para conocer en los juicios de averías comunes, los jueces del país del puerto en que termina el viaje.

Art. 19.—Son competentes para conocer de los juicios de averías comunes, los jueces o tribunales del Estado en cuyo puerto se practica la liquidación y parratos, siendo nula toda cláusula que atribuya competencia a los jueces o tribunales de otro Estado.

Art. 23.—Si el viaje se revoca antes de la partida del buque, o si después de su salida se viere obligado a volver al puerto de la carga, conocerán del juicio de averías los jueces del país a que dicho puerto pertenezca.

TÍTULO VII

De la gente de mar

Art. 19.—Los contratos de ajuste de los oficiales y de la gente de mar, se rigen por la ley del país en que el contrato se celebra.

TÍTULO V

Del capitán y del personal de abordo

Art. 20.—Los contratos de ajuste se rigen por la ley de la nacionalidad del buque en el cual los oficiales y gente del equipaje prestan sus servicios.

Art. 20. — Toda lo concerniente al orden interno del buque y a las obligaciones de los oficiales y gente de mar, se rige por las leyes del país de su matrícula.

Art. 21. — Toda lo concerniente al orden interno del buque y a los derechos y obligaciones del Capitán, oficiales y gente del equipaje, se rige por las leyes del Estado de la nacionalidad del buque.

Art. 22. — Las autoridades locales del puerto de alguno de los Estados, en cuyas aguas se encuentre un buque de nacionalidad de cualquiera de los otros, no tienen competencia en lo relativo a la disciplina y mantenimiento del orden interno de dicho buque. Excepción el caso en que se haya comprometido o tienda a comprometerse la seguridad o el orden público del puerto de donde el buque se encuentra, o fuere requerida su intervención por el Capitán o por el Cónsul respectivo.

Art. 23. — Las contestaciones civiles, vinculadas al ejercicio de sus cargos, que se suscitan entre el Capitán y gente del equipaje al servicio de buques de nacionalidad de alguno de los Estados, que se encuentren en aguas jurisdiccionales de otra, son extrajurisdiccionales a la competencia de las autoridades locales. Tales contestaciones deben ser decididas por las autoridades del Estado cuya bandera enarbola el buque, de acuerdo con sus leyes y reglamentos.

Art. 24. — Las contestaciones civiles entre el Capitán o la gente del equipaje y las personas extrajeras al servicio permanente del buque de nacionalidad de uno de los Estados, que se encuentren en aguas jurisdiccionales de otra, serán sometidas a la ley de este Estado y decididas por los jueces o tribunales locales.

TÍTULO V

Del fletamento

Art. 14.—El contrato de fletamento se rige y juzga por las leyes y tribunales del país en que está domiciliada la agencia marítima con la cual ha contratado el fletador.

Si el contrato de fletamento tiene por objeto la conducción de mercancías o pasajeros entre puertos de un mismo Estado, será regido por las leyes de éste.

Art. 15.—Si la agencia marítima no existiere en la época en que se inició el litigio, el fletador podrá deducir sus acciones ante los tribunales del domicilio de cualquiera de los interesados o representantes de aquella.

Si el actor fuere el fletante, podrá establecer su demanda ante los tribunales del Estado en que se encuentre domiciliado el fletador.

TÍTULO VI

Del fletamento y del transporte de mercancías o de personas

Art. 16.—Los contratos de fletamento y de transporte de mercancías o de personas que tengan por objeto esos transportes, entre puertos de un mismo Estado, se rigen por sus leyes, cualquiera que sea la nacionalidad del buque. El conocimiento de las acciones que se originen queda sometido a la jurisdicción de los jueces o tribunales del mismo.

Art. 17.—Cuando los mismos contratos deban tener su ejecución en alguno de los Estados, se rigen por la ley vigente en dicho Estado, sean cuales fueren el lugar de su celebración y la nacionalidad del buque. Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de la descarga de las mercancías o desembarque de las personas.

Art. 18.—En el caso del artículo anterior, serán competentes para conocer de los respectivos juicios, los jueces o tribunales del lugar de la ejecución, o, a opción del demandante, los del domicilio del demandado, siendo mala toda cláusula que establezca lo contrario.

TÍTULO VII

De los seguros

Art. 19.—Los seguros marítimos y sobre la vida se rigen por las leyes del país en que está domiciliada la sociedad aseguradora o sus sucursales y agencias en el caso previsto en el artículo 6º.

Art. 20.—Los contratos de seguros se rigen por las leyes del Estado en donde está domiciliada la sociedad aseguradora, o su sucursal o agencias; en tal caso, las sucursales o agencias se considerarán domiciliadas en el lugar en donde funcionan.

Art. 21.—Los seguros que cubran bienes de enemigos son válidos aún contratados por éstos, salvo que el contrato se aplique al contrabando de guerra. El

pago de las indemnizaciones debe ser aplazado hasta la conclusión de la paz.

Art. 30.—Son competentes para conocer de las acciones que se deducan en virtud del contrato de seguros, los jueces o tribunales del Estado del domicilio de las sociedades aseguradoras, o, en su caso, los de sus sucursales o agencias.

Las sociedades aseguradoras, así como sus sucursales o agencias, podrán, cuando revistan la calidad de demandantes, ocurrir a los jueces o tribunales del domicilio del asegurado.

TÍTULO VIII

De las hipotecas

Art. 31.—Las hipotecas o cualquiera otro derecho real de garantía sobre buques de la nacionalidad de uno de los Estados, regularmente constituidos y registrados según sus leyes, serán válidas y producirán sus efectos en los otros Estados.

TÍTULO IX

De los préstamos a la gruesa o a riesgos marítimos

Art. 16.—El contrato de préstamo a la gruesa se rige por la ley del país en que se hace el préstamo.

Art. 17.—Las sumas tomadas a la gruesa para las necesidades del último viaje, tienen preferencia en el pago a las deudas contraídas para la construcción o compra del buque, y al dinero tomado a la gruesa en un viaje anterior.

Los préstamos hechos durante el viaje serán preferidos a los que se hicieran antes de la salida del buque; y si fuesen muchos los préstamos tomados en el curso del mismo, se graduará entre ellos

TÍTULO X

Del préstamo a la gruesa

Art. 32.—El contrato de préstamo a la gruesa se rige por la ley del Estado en donde se hace el préstamo.

la preferencia por el orden contrario de sus fechas, preferiéndose el que sigue al que preceda.

Los préstamos contraídos en el mismo puerto de arribada forzosa y durante la misma estancia, estarán en concurso y serán pagados a prorrata.

Art. 18. — Las cuestiones que se susciten entre el dador y el tomador, serán sometidas a la jurisdicción de los tribunales donde se encuentren los bienes sobre los cuales se ha realizado el préstamo.

En el caso en que el prestamista no pudiese hacer efectivo el cobro de las cantidades prestadas en los bienes afectos al pago, podrá ejercitar su acción ante los tribunales del lugar del contrato o del domicilio del demandado.

Art. 19. — Las cuestiones que se susciten entre el dador y el tomador quedarán sometidas a la jurisdicción de los jueces o tribunales del demandado, o a los del lugar del contrato.

TÍTULO X

De los buques de Estado

Art. 24. — Los buques de propiedad de los Estados contratantes o explotados por ellos; la carga y los pasajeros transportados por dichos buques, y los cargamentos de pertenencia de los Estados, quedan sometidos, en lo que concierne a las reclamaciones relativas a la explotación de los buques o al transporte de los pasajeros y carga, a las leyes y reglas de responsabilidad y de competencia aplicables a los buques, cargamento y armamento privado.

Art. 25. — Es inaplicable la regla del artículo anterior cuando se trata de buques de guerra, de yacata, de aeronaves, de buques hospitales, de vigilancia, de policía, de sanidad, de arribadamiento, de obras públicas, y los demás de propiedad del Estado, o explotados por éste y que están afectos, en el momento del nacimiento del crédito, a un servicio público ajeno al comercio.

Art. 26. — En las acciones o reclamaciones a que se refiere el artículo anterior, el Estado propietario o armador no puede prevalerse de sus inmunidades especiales en los siguientes casos:

- 1º — En las originadas por el abordaje u otros accidentes de la navegación.
- 2º — En las acciones originadas por servicios de asistencia o salvamento y averías comunes.
- 3º — En las acciones por reparaciones, aprovisionamiento u otros contratos relativos al buque.

Art. 37. — Los buques a que se refiere el artículo 35, no pueden ser objeto, en ningún caso, de embargo, o de otros procedimientos judiciales que no estén autorizados por la ley del Estado propietario o armador.

Art. 38. — Las mismas reglas se aplican a la carga perteneciente a un Estado y transportada en alguno de los buques a los cuales se refiere el artículo 35.

Art. 39. — La carga perteneciente a un Estado y transportada a bordo de buques de comercio, en realización de servicios públicos ajenos al comercio, no puede ser objeto de embargo o detención ni de ningún procedimiento judicial.

Sin embargo, las acciones por abordaje, u otros accidentes de la navegación, asistencia, salvamento o averías comunes; lo mismo que las originadas de contratos relativos a la carga, podrán ser deducidas de conformidad con el artículo 36.

Art. 40. — En todo caso de duda sobre la naturaleza de un servicio público ajeno al comercio del buque o de la carga, la atención del Estado, suscrita por su representante diplomático, produce plena prueba al efecto del levantamiento del embargo o detención.

Art. 41. — No puede invocarse el beneficio de la inembargabilidad, por hechos producidos durante la afectación de un buque de Estado a un servicio público ajeno al comercio, si en el momento de intentarse el procedimiento judi-

cial, la propiedad del buque, o su explotación, ha sido transferida a terceros particulares.

Art. 42. — Los buques de un Estado dedicados a servicios comerciales, y los buques de particulares afectados al servicio postal, no pueden ser embargados por sus acreedores en los puertos de escala en donde tienen la obligación de efectuar dichos servicios.

TÍTULO III

Disposiciones generales

Art. 43. — Las disposiciones establecidas en el presente Tratado serán aplicables igualmente a la navegación fluvial, lacustre y aérea.

Art. 44. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todos los Estados contratantes. El que lo apruebe lo comunicará así al Gobierno de la República Oriental del Uruguay a fin de que lo haga saber a los demás Estados contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 45. — Hecho el canje de conformidad con el artículo anterior, este Tratado entrará en vigor desde este acto por tiempo indefinido, quedando por tanto, sin efecto el firmado en Montevideo el día doce de febrero del año mil ochocientos ochenta y nueve.

Art. 46. — Si alguno de los Estados contratantes creyere conveniente desligarse del Tratado, o introducir modificaciones en él, lo avisará a los demás, pero no quedará desligado sino dos años después de la denuncia, término en el cual se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 47.—El artículo 44 es extensivo a los Estados que, sin haber concurrido a este Congreso, quisieran adherir al presente Tratado.

En fé de lo cual, los Plenipotenciarios firman el presente Tratado en Montevideo a los diez y nueve dias del mes de marzo de 1940 (*).

RESERVA

De la Delegación de Bolivia

La Delegación de Bolivia suscribe el presente Tratado en lo que se refiere a la navegación fluvial, lacustre y aérea.

(*) Este Tratado ha sido firmado por la República Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay.

NOTAS Y COMENTARIOS

REFORMAS IMPOSITIVAS

Dr. MARIÓ R. MICELE

Las recientes reformas impositivas se han concretado en la sanción de diversas leyes, en su mayor parte modificatorias del régimen anterior, otras creadoras de organismos y, por fin, estableciendo nuevos gravámenes.

Para sistematizar todas esas leyes y el contenido de las mismas enunciaremos en la siguiente forma:

Ley 15.265:

- a) Creando el Tribunal Fiscal y
- b) Modificando la Ley 11.683 (T. O. 1969).

Ley 15.266, Modificando la Ley de Contribución Inmobiliaria.

Ley 15.267, Modificando la Ley de Impuesto de Sellos (T. O. 1969).

Ley 15.272, Estableciendo el régimen de Revaluación de Activos, a los efectos impositivos y contables.

Ley 15.273:

- a) Modificando la Ley 11.682 de Impuestos a los Réditos;
- b) Modificando la Ley 11.683 de Procedimientos y percepción;
- c) Modificando el impuesto a las Gerencias Eventuales;
- d) Modificando el impuesto a los Beneficios Extraordinarios;
- e) Modificando el impuesto a las Ventas;
- f) Modificando las normas sobre Impuestos Internos;
- g) Estableciendo el impuesto local a la transmisión gratuita de bienes, por causa de muerte (opcional y para las personas físicas);
- h) Estableciendo el Gravamen de Emergencia para el año 1960;
- i) Disponiendo la percepción por la Aduana de los Recargos de Importación;
- j) Disponiendo la Unificación de los impuestos de importación y exportación y las participaciones, y
- k) Facultando al P. E. a establecer recargos a los automotores.

La extensión de las reformas y el propósito de poner al alcance de los alumnos la parte substancial de las modificaciones al régimen anterior, aconsejan prestar inmediata atención a las Leyes 11.683 y 11.682.

A. — MODIFICACIONES A LA LEY N° 11.683

La Ley n° 11.683 de Procedimiento para la aplicación y percepción de impuestos, fue modificada por la Ley n° 14.789 y recientemente por la Ley n° 15.273¹.

Las modificaciones de la Ley n° 14.789 fueron incorporadas al Texto Ordenado de la Ley n° 11.683 y la última sanción hace referencia a dicho articulado legal.

Las principales reformas introducidas a la ley de procedimiento son las siguientes:

1. Exención de presentar declaraciones juradas.

La Ley n° 14.789 facultó al P. E. a eximir de la obligación de presentar declaraciones juradas a los contribuyentes inscriptos que deseen acogerse a este régimen y que consiste:

- 1) En determinar un período "base" en el cual el contribuyente inscripto no haya liquidado un impuesto superior a \$ 3.000. Este importe ha sido elevado por la última reforma de la Ley n° 15.273 a \$ 10.000;
- 2) Sin declaración jurada el contribuyente ingresará una suma equivalente al gravamen del año fiscal "base", sin perjuicio de deducir las retenciones;
- 3) La aplicación de este régimen se mantendrá mientras los ingresos del contribuyente no excedan en más del 25 % del período "base", y
- 4) Podrán acogerse a este régimen los contribuyentes de Primera, Segunda y/o Cuarta categoría, sin perjuicio que la Reglamentación incorpore determinados sectores de la Tercera Categoría.

Tales disposiciones incorporadas al art. 21 de la Ley n° 11.683 (T. O. 1959) y actualizadas por la última reforma, no habían sido implantadas en el año 1969 por ausencia de reglamentación.

El propósito de tales disposiciones es el de facilitar el cumplimiento de las obligaciones fiscales a cargo de un sector numeroso de contribuyentes de rentas modestas y, además, simplificar la percepción del gravamen.

¹ La Ley 14.789 fue publicada en el B. O. el 15 de enero de 1969 y la Ley 15.273 se publicó el 13 de febrero de 1969.

2. Supresión de la imprescriptibilidad para contribuyentes no inscriptos.

El Gobierno Provisional modificó las normas sobre prescripción implantando la imprescriptibilidad para los contribuyentes no inscriptos, disposición que se incorporó al art. 53 (Capítulo IX, Ley n.º 11.683 T. O. 1959). El rigor de tal medida había tenido la finalidad de desalentar las evasiones fiscales, pero no se logró el efecto esperado.

La reciente reforma modifica el art. 53 y establece que las acciones y poderes del fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos y para aplicar y hacer efectivas las multas prescriben:

- a) Por el transcurso de cinco años en los casos de:
 - Contribuyentes inscriptos, y
 - Contribuyentes no inscriptos que no tengan obligación legal de inscribirse o que teniendo obligación regularmente espontáneamente su situación.
- b) Por el transcurso de diez años, para los contribuyentes no inscriptos en general.

Estas disposiciones tienen vigencia desde el 1.º de enero de 1960 pero son aplicables a los períodos fiscales vencidos con posterioridad al 1.º de enero de 1961.

En cuanto a la acción de repetición de impuestos que puede interponer el contribuyente prescribe por el transcurso de cinco años. Según lo establece el art. 61 no rigen las causas de suspensión previstas para los incapaces en el Código Civil (art. 3966).

3. Prescripción espontánea y bonificaciones.

Varias modificaciones ha sufrido el régimen de la presentación espontánea. Hasta la vigencia del T. O. 1956 el art. 112 los contribuyentes que regularizaban espontáneamente su situación fiscal quedaban exentos de multas, recargos, intereses punitivos y de las sanciones por infracciones. Desde la sanción de la Ley n.º 14.789, incorporado las modificaciones al T. O. 1959, los responsables debían abonar, conjuntamente con los importes adeudados en concepto de impuesto, un interés no inferior al 1 % mensual desde la fecha del respectivo vencimiento. La omisión del pago del interés llevaba como sanción automática la elevación al doble.

La última reforma de la Ley n.º 15.273 modifica parcialmente el art. 112 y establece:

- a) Facultad al P. E. para disponer con carácter general la exención total o parcial de multas, recargos, intereses punitivos y otras sanciones a los responsables que regularicen su situación en forma espontánea;

- b) Igualmente para otorgar exenciones total o parcialmente con respecto a determinadas zonas o radios, y
- c) También se facultó al P. E. para acordar bonificaciones especiales para estimular el ingreso anticipado de impuestos no vencidos y para hacer arreglos para cancelar deudas fiscales pendientes.

4. Aumentos de capital no justificados.

Los aumentos patrimoniales no justificados quedaban sujetos al impuesto a los réditos o al impuesto a las ganancias eventuales, según el que resultara mayor, de acuerdo a lo establecido por el art. 25 de la Ley n  11.683 (T. O. de 1959). La última reforma legislativa, sustituye esa disposición y establece que se considerará el aumento de capital como réditos del ejercicio fiscal en el cual se produzca.

5. Modificaciones sobre procedimiento.

La sanción de la Ley n  15.265 creando el Tribunal Fiscal, en su artículo 59 modificó varios artículos de la Ley n  11.683¹ para adecuar el procedimiento administrativo a la competencia y funcionamiento del nuevo organismo. Las modificaciones se refieren, en general, a la determinación administrativa de impuestos en forma cierta o presuntiva; a la suspensión por un año del curso de la prescripción y a la interrupción de la prescripción; a la simultaneidad de la resolución sobre impuesto y multa; a la opción del contribuyente para interponer recursos contra resoluciones que impongan multas o determinen impuestos y accesorios o sobre reclamos por repetición, al derecho de accionar ante el Juez Nacional, y del cobro judicial de los impuestos, intereses, recargos y multas.

B. — MODIFICACIONES A LA LEY N  11.682

La ley del impuesto a los réditos en su texto ordenado 1956 fue modificada por la Ley n  14.789 en lo referente a imputación de réditos al año fiscal considerando devengados los de primera categoría y los provenientes de jubilaciones o pensiones; aumentó la exención a las rentas de propiedad intelectual, actualizó las rentas no imposibles y las cargas de familia; derogó las normas que establecieran recargos por ausentismo; atribuyó el carácter de renta de tercera categoría las correspondientes a funciones de directores de sociedades anónimas; aumentó las tasas a las so-

¹ Los artículos modificados de la Ley 11.683 son los siguientes: 23, 26, 62, 65, 70, 71, 72, 74, 75, 85 y 91.

ciudades de capital constituidas en el exterior; elevó la deducción por primas de seguros de vida, etc. Tales reformas se incorporaron al T. O. 1959.

Las modificaciones introducidas por la reciente Ley n° 15.273 a la Ley de impuesto a los réditos, en lo fundamental, son:

1. *Fraccionamiento y venta de bienes inmuebles: loteos.*

Anteriormente la ley establecía una diferenciación según que las operaciones se efectuaron o no con habitualidad. Las operaciones habituales y cuando el fraccionamiento se efectuara con mejoras superiores al 20 % del costo o última valuación fiscal quedaba sujeta al impuesto a los réditos. En los demás casos se gravaba con el impuesto a las ganancias eventuales.

Por la última reforma el resultado del fraccionamiento y venta de bienes inmuebles, haya o no habitualidad, o mejora quedarán sujetos en todos los casos al impuesto a los réditos. La reglamentación anterior atribuía el carácter de loteo cuando los lotes enajenados alcanzaban a 50   o más en el término de dos años. La nueva disposición desdobla las condiciones, es decir, que se considerará loteo cuando se cumplan cualquiera de aquellas condiciones. (art. 93 del Decreto Reglamentario.)

2. *Compensación de quebrantos con beneficios.*

El art. 18 del T. O. 1959 autorizaba a compensar las pérdidas de un ejercicio con ganancias de los años siguientes hasta el cuarto año después de haberse producido el quebranto. La nueva Ley autoriza la compensación hasta 10 años después de aquel en que se produjo.

3. *Exenciones: ampliación.*

El monto no imponible de las rentas provenientes de obras inscriptas en el Registro Nacional de la Propiedad Intelectual había sido elevado anteriormente a \$ 40.000. La Ley n° 15.273 modifica el art. 19 inc. j (T. O. 1959) y amplía la deducción a \$ 400.000 anuales para los ingresos provenientes de derechos amparados por la Ley n° 11.723 y siempre que el impuesto recaiga directamente sobre los autores y que las obras est n debidamente inscriptas.

Las asociaciones civiles mencionadas en el inciso f del art. 19 quedaban exentas cuando la educación o instrucción era gratuita; la modificación última excluye el concepto de gratuidad aceptando solamente que tales entidades no distribuyan los réditos que puedan obtener entre sus socios, en forma directa o indirecta.

Al final del art. 19 se agregan nuevos incisos que se refieren:

- p) Exención a los intereses de títulos u obligaciones y a los dividendos fijos (acciones preferidas) que se emitan para

financiar obras que se declaren de interés nacional por el P. E.;

- q) Utilidades provenientes de la venta de semillas por criadores que se destinen para la siembra;
- r) Los réditos por servicios personales cumplidos en el país por periodos no superiores a 18 meses, por técnicos contratados en el exterior;
- s) Intereses de préstamos de fomento otorgados por instituciones oficiales extranjeras que según el Miembro informante de Senadores se refiere a operaciones en favor de familias inmigrantes para establecer sus actividades.

4. Deducciones por mínimo no imponible y cargas de familia.

Para el año fiscal 1958 tales deducciones son las que estableció la Ley n° 14.789. La modificación última se aplicará para el ejercicio fiscal de 1960 y comprende:

A. Rentas no imponibles.

Para las personas de existencia visible	\$ 24.000
Adicional; para contribuyentes que tienen cargas de familia	„ 8.000
Para contribuyentes de Cuarta categoría (art. 60) con rentas superiores a \$ 24.000 y no más de \$ 45.000 podrán deducir lo que exceda de \$ 24.000 o sea un máximo de	„ 21.000
Estas modificaciones sustituyen el art. 20.	

B. Cargas de familia (art. 21).

Siempre que las personas residan en el país, estén a cargo del contribuyente y no tengan entradas propias superiores a \$ 24.000.

— Por el cónyuge	\$ 8.000
— Por cada descendiente en línea recta varón o hijastro, menor de edad o incapacitado	4.500
— Por cada descendiente en línea recta mujer o hijastra, sin limitación de edad ni incapacidad	4.500
— Por cada ascendiente	4.500
— Por cada hermano varón, menor de edad o incapacitado para el trabajo	4.500
— Por cada hermana, cualquier edad	4.500
— Por el suegro o suegra; por cada yerno menor de edad o incapacitado y nuera cualquier edad	4.500

Adicional por carga de familia.

— Cuando las cargas autorizadas excedan de dos, se admitirán por cada una	1.200
— Por más de tres hijos, podrá deducir por los que excedan	2.400

5. Nuevas deducciones.

Además de las deducciones establecidas en el art. 62 de la Ley n° 11.682 (T. O. 1959) la nueva ley actualiza, modifica y agrega lo siguiente:

En el inciso d) : Eleva a \$ 50.000 las sumas que se pagan por seguros de vida;

En el inciso l) : Continúa admitiendo la deducción por pagos de remuneraciones correspondientes a servicios prestados desde el exterior, pero aumenta la tasa de retención que era de 38 % a 38,36 %.

Agrega como inciso ñ) : Las sumas invertidas en la suscripción de acciones de cooperativas eléctricas, y como inciso o) : Los honorarios médicos y odontológicos, gastos de sepelio del contribuyente y personas a su cargo.

Sin comprobante se admitirá hasta la cantidad de \$ 6.000 anuales.

6. Compensación de quebrantos por las sucesiones indúlsas.

Siguiendo el criterio vigente en el T. O. 1959 la compensación de quebrantos sufridos por el causante (art. 32) podía efectuarse con beneficios obtenidos por la sucesión y los herederos hasta el cuarto año posterior. Las nuevas disposiciones permiten la compensación hasta el décimo año inclusivo, después de aquel en que se originó el quebranto.

7. Nueva tasa de retenciones.

Los pagos o acreditaciones a tenedores de debentures y otros valores radicados en el exterior y a los radicados en el país no identificados que percibían renta de debentures y otros títulos al portador (art. 46) debían efectuarse con la retención del 38 %; igual tasa correspondía a las sociedades de capital constituidas en el extranjero o por los pagos o acreditaciones efectuados a sociedades de capital constituidas en el extranjero (art. 55).

La reforma impositiva actual eleva la tasa para dichos conceptos a 38,36 %.

8. Réditos de tercera categoría: exclusión.

Se ha excluido como constituyendo réditos de tercera categoría a las remuneraciones provenientes del desempeño de funciones como miembro de directorios de sociedades anónimas que habían sido incluidos por la ley n° 14.789.

Desde el ejercicio 1960 pasan nuevamente a Cuarta categoría. (arts. 47 inc. b) y 60 inc. g).

9. *Sociedades de Capital.*

Las entidades comprendidas en el art. 54 (T. O. 1959) estaban sujetas a una tasa de 30 %; por la última reforma las sociedades anónimas constituidas en el país, las sociedades en comandita por acciones igualmente nacionales y las asociaciones civiles (art. 19, inc. f) no exceptuadas abonarán una tasa de 33 %.

10. *Sociedades de inversión.*

Las entidades que realicen operaciones denominadas "fondos de inversión" quedan sujetas al tratamiento de las sociedades de capital en la forma establecida en el art. 54 y los inversores serán considerados como los accionistas de las sociedades anónimas para todos los efectos tributarios.

11. *Réditos de cuarta categoría.*

El artículo 60 (T. O. 1959) menciona los réditos de la cuarta categoría y la nueva reforma introduce una modificación al inciso c) y agrega el inciso g).

En el primero incorpora a los directores de sociedades anónimas de acuerdo a la exclusión que se hizo de la tercera categoría. El nuevo inciso g) incorpora a la Cuarta categoría las rentas originadas en el ejercicio de las actividades de los pequeños artesanos, comerciantes, industriales, trabajadores agropecuarios y otros empresarios que trabajen personalmente en sus negocios (colectiveros, taximetristas, tamberos, medieros, etc.), siempre que se ajusten a los límites de capacidad económica que determinará la reglamentación.

12. *Amortizaciones.*

El art. 71 (T. O. 1959) se refiere al régimen de amortización para compensar el desgaste de los bienes empleados para producir los réditos y facultaba a la Dirección General Impositiva para establecer en casos especiales otros sistemas que fueran técnicamente justificados. La Ley n  15.273 deja sin efecto esa facultad otorgada a la Dirección y, en cambio, autoriza para los mismos fines, al P. E.

13. *Amortizaciones extraordinarias.*

Con motivo de la sanción de la Ley n  15.272 sobre revaluación de bienes y debido al carácter optativo de la misma, se presenta la situación de contribuyentes que revaluar n sus activos y la de aquellos que no lo harán. Los contribuyentes que opten por el revaluo no podrán efectuar amortizaciones extraordinarias, en cambio, los que no revaluen podrán aplicar cuotas de amortización

sobre bienes del activo fijo según los coeficientes que determine el P. E. Es decir, que la tabla del art. 73 del T. O. 1959 queda derogada.

14. *Deducciones por incremento de la capacidad productiva.*

Las deducciones que la nueva ley autoriza beneficia a las siguientes actividades: explotaciones agrícola-ganaderas, forestales, mineras, de transporte, astilleros navales y talleres de construcción de buques o aviones.

El tratamiento preferencial a dichas actividades tiene la finalidad de estimular mayores inversiones, aumentar la mecanización, el transporte y la electrificación, como también estimular la realización de obras permanentes y la adquisición de maquinaria industrial.

Las deducciones o desgravaciones permitirán reducir el monto de los réditos imponibles computando el valor total o parcial de las inversiones que se tratan de alentar, según la modificación substancial del art. 81.

15. *Deducciones por edificación o ampliación de unidades de vivienda.*

Los contribuyentes que edifiquen o amplien para vivienda propia, renta o venta podrán deducir la décima parte del total invertido en la construcción. Esta disposición se incorpora como art. 83 a la Ley n° 11.682.

16. *Vigencia de las nuevas disposiciones.*

Las normas del impuesto a los réditos tienen aplicación para el ejercicio fiscal que comienza el 1° de enero de 1960; en lo que respecta a las rentas de la Primera Categoría desde la fecha que se hayan devengado. Para los comerciantes y entidades comerciales se aplican las nuevas disposiciones con respecto a los réditos que arrojen los ejercicios cerrados después del 1° de enero de 1960. Las nuevas retenciones, a partir de la vigencia de la ley.

ENSAYOS



NATURALEZA JURIDICA DE LA HIPOTECA (*)

Por NELSON JULIO LOPEZ DEL CARRIL

INTRODUCCIÓN

Para entrar al estudio del tema —naturaleza jurídica de la hipoteca— debemos primeramente definir la institución y para ello recorreremos los conceptos dados por nuestra legislación positiva y por la extranjera.

Así, nuestro codificador ha definido la hipoteca (art. 3108) como el "derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor".

El Anteproyecto de Reformas al Código Civil del Dr. Bibiloni mantiene la definición del art. 3108, que ya hemos visto. El Proyecto de la Comisión Reformadora (art. 1715) dice que "la hipoteca es el derecho real establecido en seguridad de un crédito cierto en dinero sobre inmuebles determinados, que continúan en poder del constituyente".

El C. C. francés en el art. 2114 define la hipoteca como el "derecho real sobre inmuebles afectados al pago de una obligación. Ella es, por naturaleza, indivisible, y subsiste por entero sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno y sobre cada porción de esos inmuebles. Ella los sigue en cualquier mano por la que pasen".

El C. C. uruguayo en su art. 2322 dice: "La hipoteca es un derecho de prenda constituido por convención y con las formalidades de la ley sobre determinados bienes raíces que no por eso dejan de permanecer en poder del deudor".

El C. C. mexicano en su art. 2893 nos dice: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecida por la ley".

(*) Monografía presentada en el Instituto de Derecho Civil, Carrera de Abogacía. El presente trabajo fué guiado científicamente por los señores Profesores Asociados de Derecho Civil IVº Curso, Doctores Guillermo L. Allende y Manuel A. Laguna.

El C. C. brasileño nos dice (art. 674, inc. 9º): "Son derechos reales: ... la hipoteca ...".

El Anteproyecto de C.C. para Bolivia, del Dr. Angel Osorio, dispone en el art. 1468: "En virtud del contrato de hipoteca se constituye una finca o un derecho real propios del deudor o de otra persona, en garantía del cumplimiento de una obligación".

El Código de Derecho Canónico remite a la legislación civil del territorio donde se han de realizar las operaciones hipotecarias. (Cánon 1529. Cód. de Derecho Canónico. Bilingüe y Comentado. Miguelez, Alonso y Cabrerros. Madrid, 1937).

El Código Civil alemán (B. G. B. 113) dice: "Una finca puede ser gravada en forma que aquel en cuyo beneficio se establece el gravamen haya de pagarse a costa de la finca una determinada suma de dinero, para la satisfacción a causa de un crédito que le corresponde (hipoteca)".

BREVE HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN

En Roma la hipoteca tuvo notable importancia. Prueba de ello es la minuciosidad con que está legislada y la perduración a través del tiempo de los lineamientos generales de la institución en todas las legislaciones.

Veamos el desarrollo histórico de la institución en dicho ordenamiento jurídico:

Derecho primitivo: en la mente del legislador de esta época no podían concebirse más que dos derechos reales: la propiedad y las servidumbres. El problema era amoldar a los límites del pensar jurídico de la época alguna garantía para el acreedor. La solución fue la adquisición en propiedad de la cosa gravada por el acreedor y su posterior devolución cuando la deuda fuese totalmente pagada; de esta manera la propiedad de la cosa era suficiente garantía.

Periodo intermedio: el deudor en lugar de transmitir la propiedad de la cosa sólo transmite la posesión, quedando amparado entonces contra posibles transmisiones fraudulentas de la cosa. Pero tanto en este sistema como en el anterior el deudor tiene la desventaja de que la cosa queda inmovilizada desde el punto de vista económico.

Periodo final: en la última parte de esta evolución vemos combinados los dos sistemas que ya hemos estudiado, y nace un tercero que funciona casi en la misma forma que el que conocemos modernamente.

La hipoteca en el derecho romano no fue más que una perfección de la prenda, y se diferencia de ella —en el ordenamiento

jurídico que estudiamos— en que la prenda (*pignus*) implicaba desposesión, cosa que no ocurría con la hipoteca; ambas podían recaer tanto sobre cosas muebles como sobre inmuebles.

En el antiguo derecho español las Siete Partidas establecían que la institución del "peño" involucraba tanto a la garantía sobre valores muebles como sobre inmuebles.

En nuestro país se aplicaron hasta la sanción del C. C. las disposiciones del derecho español, no teniendo el derecho patrio prácticamente ninguna regla sobre el derecho hipotecario, salvo los registros creados por la Real Cédula para América del 25 de setiembre de 1802 (nota a los arts. 3145/6 y 7º C. C. Arg.).

CARACTERES DE LA HIPOTECA

De la definición del art. 3108 del C. C. argentino —que ya vimos anteriormente— y del 2503, inc. 5º, del mismo Código, se pueden extraer los siguientes caracteres:

- 1º) la Hipoteca es un derecho real;
- 2º) la Hipoteca es un derecho accesorio;
- 3º) la Hipoteca recae sobre bienes inmuebles.

De estos tres caracteres sólo el primero será objeto de estudio en este trabajo.

LA IMPORTANCIA DE LA HIPOTECA

La hipoteca se encuentra tan vinculada al crédito que ella forma parte de sus divisiones o categorías: el crédito inmobiliario. Así la importancia de la hipoteca y su influencia económica es evidente: tanto el campo como la ciudad reciben poderoso impulso de esta institución. No olvidemos, y así lo hemos de destacar más adelante, que la propiedad no está subordinada a los vaivenes de las oscilaciones del valor en la medida que lo están otros bienes y derechos, y la garantía de un crédito sobre ella es sólida y segura. Hemos visto, entonces, a grandes rasgos la importancia socio-económica de la hipoteca y las derivaciones que puede tener con respecto al crédito. Para recalcar lo dicho tomemos el ejemplo de nuestro país en este momento; el crédito hipotecario se halla casi paralizado, pues los capitalistas particulares no quieren arriesgarse a que su dinero —colocado en hipotecas a dos o tres años— se desvalorice por el simple transcurso del tiempo. En cambio en épocas económicas normales la hipoteca es una buena y sobre todo segura inversión, tanto para el gran capitalista como para el pequeño ahorrista.

¿Es la hipoteca un derecho real? Siguiendo en este tema al maestro Lafaille², podemos decir que si en la prenda corriente y en la anticresis surgen con claridad las desmembraciones experimentadas por el dominio (el propietario no tiene en su poder la cosa, añadiéndose en el segundo caso la facultad de percibir frutos, que la pierde); no ocurre lo propio con la hipoteca, ya que no surge ninguna discusión para los derechos del dueño, por lo menos de un examen inmediato. Consecuencia de ello es que algunos autores hayan sostenido la naturaleza mobiliaria de este derecho, y otros con un análisis más profundo han afirmado su naturaleza inmobiliaria; finalmente otros, a pesar de manifestarse por una u otra teoría, afirman que tal definición no tiene ninguna trascendencia, por lo menos en la práctica.

OPINIONES DOCTRINARIAS

En la parte metodológica de este acápite seguimos el mismo método del Dr. Capón Filas en su obra "Naturaleza y contenido del derecho de hipoteca en el Código Civil Argentino", quien afirma: "Las teorías no deben ser estudiadas de acuerdo al orden de su aparición en el tiempo, sino a través de su desenvolvimiento conceptual lógico". Además adelantamos que las críticas a cada una de las doctrinas las realizaremos en nuestras conclusiones.

La doctrina procesalista en la hipoteca

Redenti la esboza y Carnelutti la concreta en su obra "Sistema de derecho procesal civil". Afirma este autor (op. cit.) que la hipoteca y también la prenda, en punto a titularidad de derechos, sólo dan nacimiento a derechos subjetivos de naturaleza procesal; y que la construcción de la prenda y de la hipoteca como derechos reales "no representa otra cosa que un expediente técnico desgraciado destinado a explicar el privilegio y la persecución que emergen de ellas".

La teoría procesalista plantea el asunto sobre la base de la pregunta: ¿Debe considerarse al tercer poseedor como sujeto pasivo de una obligación debida por él al acreedor? La respuesta es negativa. Por parte del tercer poseedor no existe una obligación, sino una sujeción procesal. Es un responsable procesal sin deuda. "No se yerra —opina Carnelutti— diciendo que la acción pignoraticia o hipotecaria no es más que las ulteriores modalidades o extensiones de la acción ejecutiva". No siendo, en consecuencia, la hipoteca más que una actividad procesal.

² *Tratado de Derecho Civil Argentino*, tomo IV, pág. 19. Ed. B. A., 1943.

En su criterio la hipoteca se traduce en un vínculo de indisponibilidad del derecho de propiedad que hace desaparecer de ésta toda posibilidad de disposición futura y, por lo tanto, el propietario no podrá en adelante transferir el derecho mismo de propiedad, sino sólo la posesión de la cosa. A pesar de ello no se crea derecho alguno a favor del acreedor hipotecario; no lo convierte en titular del derecho real por cuanto la indisponibilidad objetiva, como elemento meramente negativo que se propone, no representa una situación jurídica de la cosa, sino una condición del derecho de propiedad. Pero, no siendo real, ¿el derecho del acreedor será por lo menos personal? No —dice Gorla—, ya que siendo una simple condición jurídica negativa de un derecho determinado no puede autorizar la atribución de ningún derecho subjetivo especial en favor del acreedor, que no sería más que un acreedor común. Como resultado de la constitución de la hipoteca, la propiedad de la cosa no puede ya ser transmitida a nadie, pero el único que puede hacer valer esa situación jurídica especial y, por lo tanto, aprovecharse de ella, es el acreedor hipotecario. Pero si la intrasmisibilidad fuese absoluta se crearía un problema económico-social y entonces se autoriza el traspaso de la posesión solamente.

Doctrinas que consideran a la hipoteca como derecho personal

Marcadé² trata el tema desde dos puntos de vista: desde el de los derechos que engendra y en sí misma. Para el objeto de nuestro trabajo sólo nos va interesar el segundo problema. Dice que la hipoteca no es una obligación principal, sino accesorio o subsidiaria y que asegura la promesa y la obligación de la persona que es deudora. Fijando luego la medida en que lo accesorio sigue a lo principal, se manifiesta partidario del carácter mobiliario de la hipoteca en el caso que garantiza un crédito mobiliario.

Explica Tropolong³ que él no se solidariza con el pensamiento de M. Proudhon, y por ello afirma que la hipoteca no es más que el accesorio del crédito, es decir, de una suma de dinero, es entonces un seguro eventual, una forma de asegurarse forzosamente, si fuera necesario, el pago de la deuda. Para dar más forma a su razonamiento dice que el crédito se vive por la hipoteca; ella tiene una existencia propia y aparte del crédito, tan es así que si la cosa llega a perecer, la deuda subsiste.

Dentro de la teoría de la obligación real existen dos corrientes de ideas: a) corriente germana: según los autores adictos a

² Marcadé & Favre, *Explication du Code Napoléon*, t. X, pág. 336. Ed. Paris, 1868.

³ *Le droit civil expliqué - L'échange et du Louage*, t. I, pág. 99. Ed. Paris, 1840.

ella, el acreedor hipotecario tiene, contra quien en un momento dado sea propietario, una pretensión dirigida hacia la prestación en metálico, con cargo a la finca, y el propietario debe la prestación, pero con cargo sobre la cosa.

b) corriente francesa: Toullier ha dicho que en las obligaciones reales la persona no está obligada sino a causa de los bienes que posee. Tal es lo que sucede en la hipoteca.

La hipoteca considerada como un derecho real desmembrado

Laurent⁴ se manifiesta contrario a las opiniones que hemos traído a este trabajo hasta este momento. Dice que el debate doctrinario que se había desarrollado esa época fue prácticamente cortado por el art. 1.º de la Ley Hipotecaria, que transcrito textualmente dice: "Todos los actos traslativos o declarativos de derechos reales inmobiliarios, tales como los privilegios y las hipotecas, serán transcritos". La ley clasifica entre los derechos reales inmobiliarios a los privilegios y a la hipoteca. ¿Qué duda puede quedar acerca de su naturaleza? A pesar de ello, Laurent afirma que conviene estudiar si esta clasificación legal está de acuerdo con la verdad.

Considerado bajo el adagio "Jure est immobile quod tendit ad immobile", la hipoteca no sería un derecho inmobiliario, ya que ella tiende a pagar al acreedor hipotecario con preferencia a los demás acreedores; ella tiende a una cosa mobiliaria, como lo es el pago de un crédito.

Pero —siguiendo con el razonamiento de Laurent— no debemos olvidar que existen dos clases de derechos inmobiliarios: aquellos que tienden a colocar un inmueble en la mano de quien pertenece y otros que son los que se ejercen sobre el inmueble. Dice el C. C. en el art. 526: "Son inmuebles por su objeto aquellos que se aplican al usufructo de cosas inmuebles y las servidumbres o servicios territoriales". Observemos que la ley no menciona a las hipotecas. Algunos autores, basándose en ello, han sostenido que la hipoteca no es un derecho inmobiliario, pero han olvidado que no deben ajustar tanto a la ley, que él no tiene por objeto dar clasificaciones científicas, no es un manual ni un texto, es un código.

Evidentemente a nadie se le podría ocurrir discutir la naturaleza inmobiliaria del derecho de propiedad; y es así porque el propietario ejerce sus derechos sobre un inmueble, él lo dispone de una manera absoluta. Por idéntica razón, todos los derechos desmembrados de la propiedad son derechos inmobiliarios, y por aplicación de estos principios la hipoteca debe ser colocada entre los derechos inmobiliarios. Veamos por qué:

⁴ *Principes de droit Civil Français*, t. XXX, págs. 173 y 174. Ed. Paris, 1863.

Que la hipoteca desmembra la propiedad no puede ser discutido por nadie; observemos que el deudor que ha dado un inmueble en hipoteca no tiene sobre él ese poder absoluto que lo caracterizaba, no puede disponer su destrucción, su derecho de propiedad no es completo, él está desmembrado; y si la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, ella es inmobiliaria.

Se dice también que el acreedor hipotecario no ejerce sobre el inmueble ningún derecho; también este razonamiento lo destruye Laurent. Para ello nos trae estos ejemplos: las servidumbres son siempre un derecho inmobiliario; a pesar de ello el propietario del fondo dominante no ejerce ningún derecho efectivo sobre el fondo sirviente, en el sentido de que no realiza ningún acto material, por ejemplo, las servidumbres de no edificar a más altura de la prevista; a pesar de ello a ningún autor se le ha ocurrido negar la naturaleza inmobiliaria de las servidumbres. ¿Por qué? Porque la propiedad del fondo sirviente no está completa; ella está desmembrada a favor del fondo dominante. Exactamente lo mismo ocurre en la hipoteca: el propietario de un inmueble hipotecado, como hablamos dicho antes, no puede disponer más como señor absoluto, no puede realizar ciertos actos que perjudican al acreedor, pues su derecho de propiedad desmembrado está, en provecho de aquél; esto ya es más que suficiente para afirmar que la hipoteca es un derecho inmobiliario.

Laurent critica también, y creemos que con éxito, la teoría que a pesar de reconocer que la hipoteca desmembra la propiedad la considera como un derecho mobiliario; dicen que la hipoteca garante un crédito, ella es accesoria de un derecho mobiliario, y por lo tanto ella toma ese carácter. Pero ello no es cierto, ya que el accesorio toma la naturaleza del principal cuando se confunde con el principal y forma un todo con él. En ese sentido la hipoteca no es un accesorio, en cambio sí lo es cuando está afectada al pago de la obligación; pero la garantía no toma la naturaleza que ella garante. Para recalcar más lo afirmado por Laurent tomemos su ejemplo: "una prenda constituida por la garantía de un derecho inmobiliario, sería inmobiliaria? Afirmar semejante cosa sería un absurdo jurídico", sin embargo a ese tipo de tesis nos llevarían los razonamientos que estamos criticando. También sera pueril sostener que la hipoteca por ella misma es inmobiliaria, pero que se vuelve derecho mobiliario porque la obligación principal es mobiliaria.

Dice L. Guillouard ² que la cuestión de determinar si la hipoteca constituye o no un derecho mobiliario o inmobiliario es muy debatida en doctrina "pero que la jurisprudencia siempre se ha pronunciado por el carácter inmobiliario de este derecho". El problema que según él aún no estaba resuelto era el de deter-

² *Traité des Privilèges & Hypothèques*, t. II, n° 632 y ss. Ed. Paris, 1898.

minar si la hipoteca es o no un desmembramiento de la propiedad; pero afirma que esto sí que no tiene ningún interés práctico. A pesar de ello dice que la hipoteca desmembra el derecho de propiedad, pues ella mutila uno de sus atributos esenciales: el "abuso", el derecho de disponer libremente del inmueble hipotecado y de su precio. No hay para este autor, más que un derecho de propiedad disminuido, mutilado, y en consecuencia, desmembrado.

Théophile Hue⁶ afirma que en la hipoteca hay un "desmembramiento del *ius abutendi*", y por lo tanto, la hipoteca, encarada en sí misma, presenta siempre un carácter inmobiliario, aún cuando el crédito garantizado fuese mobiliario.

Opinan Baudry-Lacantinerie y P. de Loynes⁷ que la hipoteca es una seguridad real y que es un derecho accesorio; al mismo tiempo dicen que la jurisprudencia —en las pocas oportunidades que ha tenido— se ha pronunciado por ambos caracteres. Además como derecho accesorio sobre un inmueble es inmobiliaria por excelencia, es un desmembramiento del derecho de propiedad.

Loynes (op. y loc. cit.) dice que la opinión de que la naturaleza de un derecho se determina por la naturaleza de las ventajas que él procura, y que en el caso de la hipoteca sería un crédito, y por lo tanto su naturaleza sería mobiliaria; podría funcionar si la hipoteca no fuese nada más que una acción, pues entonces si la naturaleza estaría determinada por las condiciones de su ejercicio, y sería mobiliaria.

Pero no debemos olvidar que es la naturaleza de la cosa sobre la cual el derecho se ejerce la que determina el carácter, en una palabra, no se tiene en cuenta la naturaleza de las ventajas que procura.

El punto de vista de la ley francesa es el sustentado por el autor que estamos viendo: la naturaleza del crédito garantido no tiene influencia sobre la hipoteca. Tan es así que ella decide, en el art. 1108, que para obligarse es suficiente con tener capacidad para contratar, pero que para hipotecar es necesario ser capaz de enagenar los inmuebles gravados (art. 2124). Esto no prueba más que los derechos tienen naturaleza propia y son, en consecuencia, sometidos a reglas diferentes; demostración palpable de su distinta naturaleza y de que la hipoteca es inmobiliaria.

La opinión de Jossierand⁸ es de que siendo la hipoteca un derecho real, no establece sin embargo una relación directa entre su titular y la cosa sobre la cual recae. Crítica la tesis que sostiene

⁶ *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*, t. XIII, págs. 168 y 169. Ed. Paris.

⁷ *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. II, págs. 892 y ss. y 904. Ed. Paris, 1859.

⁸ *Traité de Derecho Civil*, t. V, págs. 324 y ss. Ed. La Habana, 1931.

el carácter mobiliario de la hipoteca partiendo de la regla "*accessorium sequitur principale*", ya que a pesar de que la hipoteca es un accesorio no es posible quitarle cierta individualidad, prueba de ello es que es un derecho real aunque el derecho a que va unida sea un simple derecho de crédito. Lo decisivo para la clasificación de los derechos mobiliarios e inmobiliarios es la naturaleza de su objeto, recayendo la hipoteca sobre inmuebles, no se puede dudar acerca de su naturaleza: es inmobiliaria.

Siguiendo con los autores que critican la naturaleza mobiliaria de la hipoteca, tomemos a Aubry et Rau, quienes en su obra⁹ critican la teoría que afirma que la hipoteca es un derecho accesorio sobre un crédito y que por lo tanto sigue la naturaleza de éste. Dicen los autores que no debemos olvidar que la hipoteca es un desmembramiento del derecho de propiedad, pero como no invade al acreedor hipotecario de ninguno de los derechos del propietario, ella constituye un "derecho real sui generis".

Cuando se dice que en último análisis la hipoteca no tiende más que a la obtención de una suma de dinero, se confunde el derecho mismo con el objeto, con el resultado de su ejercicio. Si trabajamos con aquél razonamiento podemos decir que el usufructo sobre un inmueble es un derecho mobiliario, porque él se resuelve, en último análisis en una percepción de frutos, que en definitiva son cosas muebles. Todo ello ocurre por una aplicación exagerada de la máxima "*accessorium sequitur principale suum*". Finalmente enseñan que todas estas discusiones dogmáticas tienen un interés práctico muy importante: determinar la capacidad personal necesaria para renunciar a la hipoteca, y que debe ser la necesaria para la venta de inmuebles y no la necesaria para la de muebles.

El profesor Lafaille¹⁰ se manifiesta partidario del carácter real e inmobiliario del derecho hipotecario y lo critica a Marcadé por la distinción que hace entre "*ius ad rem*" y "*ius in re*", que ya vimos anteriormente.

Cammarotta¹¹ dice que la calificación de los derechos reales es siempre legal, no hay otros que los enumerados por la ley. El art. 2503, inc. 5º de nuestro C. C. establece expresamente el carácter de derecho real de la hipoteca, a mayor abundamiento la definición del art. 2108 consagra este carácter de la hipoteca.

Debemos decir que la hipoteca genera: el "*ius preferendi*" y el "*ius perseguendi*", rasgos esenciales que caracterizan todo derecho real.

Hemos dicho que la hipoteca es un derecho real, pero es de observar que como derecho real asume contornos jurídicos especiales, ya que por lo mismo que es accesorio, tiene por finalidad

⁹ *Cours de Droit Civil Français*, t. II, pág. 165, pág. 24. Ed. Paris, 1869.

¹⁰ *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. V. Ed. Bs. As., 1943.

¹¹ *Tratado de Derecho Hipotecario*. Ed. Bs. As., 1944.

afianzar el cumplimiento de una obligación. No ocurre aquí como en la propiedad en que la relación entre el titular y la cosa es directa e inmediata; en el derecho hipotecario entre el acreedor y la cosa se interpone el propietario. En definitiva, ¿qué es lo que confiere la hipoteca al acreedor? "Un derecho sobre el precio de la cosa mediante la subasta judicial".

El "jus perseguendi" concilia la faz económica-jurídica de la hipoteca ya que teniendo el acreedor hipotecario un derecho real sobre la cosa hipotecada tiene absoluta seguridad del pago de su crédito, y el deudor propietario sigue gozando de todas las facultades inherentes a su condición, con la explicable limitación de no disminuir la garantía acordada y cuya violación podrá determinar la inmediata protección de los derechos del acreedor.

El "jus preferendi" contempla y soluciona la necesidad de proporcionar al acreedor la cosa, aunque haya salido del patrimonio del deudor por cualquier título y sea quien sea el poseedor. El "jus preferendi" hace valer el privilegio sobre el valor logrado en la subasta.

Para finalizar con este autor digamos que opina que la hipoteca implica el desmembramiento de la propiedad y su carácter inmobiliario.

Windscheid ha criticado estas opiniones, y podemos sintetizar sus ideas con este concepto: "La propiedad no es la suma de facultades imaginables que puedan tenerse sobre una cosa, sino una unidad y como tal tiene frente a sus partes constitutivas una existencia propia; así la propiedad es un derecho diferente a esas singulares facultades".

Bibiloni en su Anteproyecto ¹² dice que la base fundamental del sistema hipotecario de nuestro código, que él conserva en su trabajo, es la de una constitución *in rem* de un crédito... de un crédito...". Por lo tanto para él la obligación es siempre antecedente necesario de la constitución hipotecaria.

Juliot de la Morandiere ¹³ opina que la hipoteca consiste en la afectación de un inmueble a la garantía de una deuda, sin que el deudor, por ello, sea despojado del inmueble; constituiría, para este autor, un derecho real accesorio, referido a un crédito, que da al acreedor no pagado al vencimiento de la obligación, el derecho de seguir al inmueble en manos de quien se halle, y de hacerse pagar con preferencia su crédito.

Clovio Bevilacqua ¹⁴ define la hipoteca como "un derecho real que recae sobre inmuebles, navios o aeronaves, ajenos, para garantizar cualquier obligación de orden económico, sin transferencia de la propiedad del bien gravado por el acreedor". Es, según el

¹² Anteproyecto, t. III, págs. 510 y ss. Ed. B. A., 1938.

¹³ *Droit Civil*, t. II, págs. 382 y ss. Ed. Paris, 1950.

¹⁴ *Direito das coisas*, t. II, págs. 129 y ss. Ed. San Paulo, 1946.

gran jurista brasileño, un derecho real de garantía por cuanto recae sobre determinada cosa corpórea, vinculándola para que la pueda ejecutar el acreedor, si no fuese pagada la deuda que ella garante. También dice que es un derecho real accesorio, pues está destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación de orden económico, dependiendo su existencia de la existencia de esa obligación.

Biagio Brugi²² opina que tanto el derecho de prenda como el de hipoteca son accesorios de un derecho de crédito; pero se miran como derechos existentes por sí, por su naturaleza y efectos. Sostiene, y aquí se puede ver alguna vinculación con Hedemann —autor que ya veremos más adelante— que es carácter común de los derechos de garantía el que representen, casi siempre, una venta potencial de la cosa a fin de que el precio se dedique, en caso necesario a satisfacer el crédito garantizado. La coincidencia se nota más aún cuando afirma que "como derecho real" —la hipoteca— "que envuelve la cosa misma en cualquier mano en que se halle, asegura la ejecución especial de una relación de obligación en forma que saca el valor, total o parcial de ésta...". Según él, el carácter pretetivo es una consecuencia de la transferencia de un poder sobre la cosa, una suerte de enajenación potencial condicionada "por el valor de la cosa misma".

La hipoteca considerada como una limitación del derecho de propiedad

Demolombe²³ afirma que si bien la hipoteca estrecha o envuelve al derecho de propiedad ella no divide el derecho mismo, el acreedor hipotecario no comparte el derecho de propiedad del dueño. Al mismo tiempo nos enseña el profesor Demolombe que este efecto de la hipoteca de estrechar el derecho de propiedad tiene una vital importancia, tanto la tiene que la ley exige para constituir la misma capacidad que para enajenar el derecho de propiedad del inmueble (art. 2124 - C. C. francés). Si se considera la hipoteca como un desmembramiento de la propiedad del inmueble, habrá que considerar como de naturaleza inmobiliaria a la hipoteca; pero el autor que estamos siguiendo no participa de esa teoría, y afirma que si la naturaleza de un derecho se aprecia por el objeto al que él tiende, y la hipoteca tiende a procurar dinero al deudor, ella es mobiliaria como la deuda principal porque ella forma solamente lo accesorio. De acuerdo con esta tesis, la hipoteca debe seguir la suerte de la deuda, y por lo tanto aquél que está capacitado para recibir el pago del crédito debe estarlo

²² *Instituciones de Derecho Civil*, págs. 257 y ss. Ed. México, 1946.

²³ *Cours de Code Napoléon*, t. IX. *Traité de la distinction des biens*, pág. 325. Ed. Paris, 1876.

también para consentir el desembargo de la inscripción hipotecaria. Demolombe critica luego a Marcadé, pues éste enseña que todo "ius in re" es necesariamente un desmembramiento de la propiedad, y si la hipoteca no es inmobiliaria, es porque no es "ius in re immobile", sino un "ius ad rem" o "in rem immobilis", y que el sólo derecho que da la hipoteca es el que da al acreedor de obrar contra el inmueble, "in rem immobilem", de la misma manera que obra el acreedor personal "in personam", a fin de obtener su pago; pero a pesar de lo afirmado por este autor dice Marcadé que el Código Napoleón no ha empleado ninguno de estos términos que hemos transcrito.

En líneas generales y para resumir lo expuesto el pensamiento de Demolombe es el que sigue: "yendo al fondo de las cosas se encuentra la existencia de dos clases de derechos reales los unos, principales, que constituyen verdaderos desmembramientos del derecho de propiedad, y que tienen las mismas características de estabilidad y de inmutabilidad que éstos; los otros por el contrario, simplemente accesorios, como las hipotecas, los privilegios, la anticresis, son derechos reales "sui generis", que participan de la naturaleza de créditos que tienen solamente por objeto garantizar, y que son como ellos, sujetos de todas las causas especiales de los créditos".

Coviello resume esta doctrina así: "No es necesario que se trate de una facultad concedida a otros y de la que el propietario resulte privado: basta que el propietario resulte limitado en el libre uso y disposición de su cosa, para que surja una carga sobre los bienes y un derecho real a favor de otro".

Marcel Planiol y George Ripert¹⁷ sostienen que un derecho real de garantía no constituye un desmembramiento de la propiedad conferido para el disfrute de la cosa; es lo que ellos llaman "un derecho real de segundo grado", establecido sobre el derecho de propiedad más bien que sobre la cosa. Así, la hipoteca no permite al acreedor actuar materialmente sobre la cosa, como podría hacerlo en virtud de los derechos reales ordinarios de propiedad, servidumbre o usufructo.

La hipoteca para esta doctrina no constituye un desmembramiento del derecho gravado por ella; es una especie de dación en prenda de este derecho; no hay división de los atributos y ventajas que confiere.

La hipoteca sigue al crédito, que es el derecho principal, pero no por ello deja de conservar su carácter inmobiliario; para renunciar a una hipoteca o para cederla, hay que tener la capacidad necesaria para enagenar un bien inmueble.

¹⁷ *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. XIII, págs. 314 y ss. Ed. La Habana, 1942.

La hipoteca considerada como un derecho a vender el bien gravado

Duranton¹⁸ nos enseña que la hipoteca es un derecho que consiste en dar al acreedor la facultad de hacer vender, a falta de pago, el bien afectado, en cualquier mano que él se encuentre, para hacerse pagar sobre el precio, con preferencia a los acreedores quirografarios, y a los mismos acreedores hipotecarios de rango inferior. El autor afirma, que a pesar de que este derecho sólo existe sobre inmuebles, no es por ello de naturaleza inmobiliario, veamos por qué.

Duranton razona de esta manera: si la hipoteca tiene por objeto asegurar el pago de un crédito mobiliario, la hipoteca es un accesorio, y por lo tanto sigue la naturaleza de aquél, de otra manera privaríamos al derecho principal su carácter; por ello afirma que siendo el crédito mobiliario, la hipoteca también lo es.

El Dr. Capón Filas (op. cit.) se propone sentar la tesis (inspirada en Duranton, Wolf y Franceschelli) según la cual la hipoteca es un derecho real que tiene en su faz interna, por contenido un poder jurídico, atribuido al titular de la misma, para vender el inmueble gravado por la garantía real. El objeto de la hipoteca es la cosa misma sometida a la garantía; es un derecho real limitado, en el sentido de que es un derecho real menor. Un derecho real es limitado cuando los poderes atribuidos al titular son menores, cualitativa y cuantitativamente considerados, que los correspondientes al titular del derecho de propiedad que es el derecho real tipo, en cuanto es utilizado como parangón de los demás.

La hipoteca considerada en relación al valor de la cosa

Chironi fue el que dio forma a esta doctrina de origen alemán. El mencionado autor define la obligación como: "el vínculo jurídico constituido por la ley o la voluntad de los particulares que coacciona a una persona a cumplir una determinada prestación". Hay aquí un elemento personal completado por otro patrimonial. El patrimonial funciona como garantía en la obligación y es su contenido el valor; pero no el valor de una cosa individualizable sino el valor de todo el patrimonio.

Para Chironi el derecho real comprende la utilidad total o parcial de la cosa, que a los efectos de aprovechamiento de esas utilidades o funciones por el titular, se encuentra sometida a su poder de una manera directa e inmediata. El propietario tiene derecho a enajenar todo o parte de esas utilidades de la cosa. El valor sólo se presenta "in specie" o actual cuando la cosa se enajena, hasta ese momento la cosa tiene valor "in abstracto".

¹⁸ *Cours de Droit Civil Français suivant le Code Civil*, t. XIX, pág. 336. Ed. Paris, 1837.

En la garantía real el contenido no es la cosa sino el valor de la cosa. El objeto del derecho del acreedor no es la cosa ni parte de ella sino el valor de la misma.

La diferencia entre la garantía real y la garantía que se produce en el negocio obligatorio radica cabalmente en que en esta última el valor aparece designado genéricamente, y se encuentra difundido en todo el patrimonio; en tanto que en la primera la especialización es de rigor, el valor se refiere aquí a una o más cosas determinadas. Sin especialización no hay garantía real.

Define la hipoteca como "la relación jurídica que tiene por objeto la carga sobre la cosa; contiene la enajenación genérica del valor de la misma, en cantidad correspondiente al monto de la obligación, porque la seguridad es el fin económico y jurídico del instituto".

Dentro de la doctrina nacional, Fornieles ha esbozado también esta teoría, y así dice¹⁸: "Mi opinión es, que la relación directa e inmediata de la persona con la cosa, no es necesario que se traduzca en un contacto material bastando con que recaiga sobre el valor económico. Es ese valor económico el que sirve de garantía al acreedor hipotecario, cuyo derecho recae sobre el inmueble mismo, porque el inmueble y su valor económico son consustanciales. Si se quiere hallar un punto de coincidencia que dé la clave para reconocerlos (los derechos reales), hay que ampliar el concepto de relación jurídica de persona a cosa, incluyendo, no sólo el contacto o aprovechamiento material sino también la acción directa sobre el valor económico de la cosa, que en definitiva equivale a una acción directa sobre la cosa misma, representada por su valor".

En la doctrina alemana dice Hedemann²⁰ que también participa del criterio de otorgar el carácter de un derecho al valor de la cosa, a la hipoteca; que él se coloca sobre la corteza terrestre y no ve en el trozo de suelo otra cosa que un capital. Afirma que la hipoteca es la responsabilidad de una finca con su "valor-capital" expresado en dinero por una obligación asimismo representada en dinero.

Sigue enseñando el mismo autor que sólo puede ser objeto de prenda en sentido jurídico lo que tiene un valor en venta, y hace la siguiente clasificación de los derechos reales: en la cúspide hallamos la propiedad. Al lado de ella los derechos reales limitados, divididos a su vez en derechos sobre la sustancia y derechos reales sobre el valor. En los primeros la sustancia se pone de modo inmediato al servicio del titular del derecho. En los derechos sobre el valor por el contrario, no puede el titular tomar la sustancia de la cosa en modo alguno. Pero el valor "dinero" insito en la cosa, le pertenece. Así, por ej.: el acreedor hipotecario.

¹⁸ "Jurisprudencia Argentina", 1945, II, Sect. Doc., pág. 9.

²⁰ *Tratado de Derechos Reales*, págs. 384 y n. Madrid, 1934.

CRITICAS Y CONCLUSIONES

a) *Doctrina procesalista*: no nos parece acertado proponer en materia de derechos reales la solución en favor de la substantividad o adjetividad y balancearla con el peso de la obligación: No debemos olvidar que no hay obligación que responda a derechos reales y todo lo que puede haber es una multitud de obligaciones externas. Es inexacta la respuesta a la pregunta sobre el tercer poseedor sin deuda, y el solo ejemplo del poseedor ilegítimo en el caso de la reivindicación lo hace caer, y que porque el Estado esté allí presente no quiere decir que la naturaleza de este derecho sea de índole exclusivamente procesal. La explicación en ambos casos está dada por el carácter "erga omnes" del derecho de propiedad. Es inexacto que el privilegio se resuelva siempre en derecho subjetivo de naturaleza procesal. La eficacia de la hipoteca antes de la ejecución acredita su substantividad (arts. 3157 y 3158 del C. C.). De la simple lectura de estas normas surge que no habiendo ni asomo de ejecución ya está funcionando en su plenitud la hipoteca.

b) *Doctrina de Gino Gorla*: adolece de la falla de excluir la posesión y la propiedad, además, de acuerdo a la doctrina sentada por nuestro C. C., el tercer poseedor siempre es propietario de la cosa.

c) *Doctrinas que consideran la hipoteca como un derecho personal*: en cuanto a la francesa, representada en este trabajo por Marcadé y Tropolong, es sólo la justificación de algún caso especial y no la conceptualización del derecho hipotecario. En cuanto a la germana diremos que no se puede hablar de obligación real en el momento de la constitución de la hipoteca ni aún en el de ejecución, cuando el propietario sigue siendo el deudor constituyente del gravamen. Además, en el derecho argentino vigente, estas doctrinas deben ser desestimadas por imperio del art. 497 del C. C.: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales".

d) *Crítica de Windscheid a la teoría del desmembramiento de la propiedad*: no es acertada, a nuestro criterio, ya que no puede hablarse en este caso del derecho de propiedad como una "unidad" matemática, ya que, ¿qué otra cosa que divisiones del derecho de propiedad serían el resto de los derechos reales? Lo que ocurre es que Windscheid toma el término "unidad" como la última porción divisible de una cosa; pero es que justamente el derecho de propiedad es una unidad jurídica susceptible de divisiones y no una unidad aritmética indivisible.

e) *Doctrinas que consideran la hipoteca como una limitación al derecho de propiedad*: la limitación no representa otra cosa que

una consecuencia, que un efecto del derecho establecido sobre una cosa cuyo dominio pertenece a otro, no puede por lo tanto, en sí misma, constituir ni la esencia ni el contenido de ningún derecho real.

f) *Doctrinas que consideran la hipoteca como un derecho a vender el bien gravado*: ésta no es una caracterización del derecho hipotecario, sus sostenedores caen en el defecto de determinar la naturaleza jurídica por uno de los efectos, que es justamente, el derecho a vender que tiene el acreedor hipotecario, en el supuesto que el deudor no pague el crédito. Pero, de la misma forma que se afirma que es un derecho a vender, podríamos decir que es una obligación de no destruir la cosa gravada, o un derecho a que se mantenga en forma tal que no disminuya su valor, pero el error estaría clarísimo: no delimitaríamos su naturaleza jurídica sino uno de sus efectos. Además la hipoteca no siempre se resuelve en la venta del bien gravado, más aún, es regla general que la hipoteca se resuelva en el pago del crédito y no en la ejecución hipotecaria.

Sostenemos que la hipoteca es un derecho real accesorio de garantía sobre una finca en su valor capital.

Analicemos este intento de conceptualización de la naturaleza jurídica de la hipoteca:

a) Decimos que la hipoteca es un derecho real porque, como dice Cammarotta (op. y loc. cit.), la calificación de los derechos reales es siempre legal, es decir que no hay otros que los enumerados por la ley, y los arts. 2503 inc. 5º y 3108 de nuestro C. C., acuerdan este carácter a la hipoteca;

b) Sostenemos que es accesorio y de garantía porque aquí el inmueble adquiere un carácter no trascendental, en primer lugar está el crédito, y sólo para proveerle de una garantía se constituye la hipoteca sobre una finca. La hipoteca, en sí, no tiene ningún fin; su única utilidad es para que el acreedor sea satisfecho con un crédito existente a su favor;

c) Afirmamos, con Hedemann (op. cit.) que es sobre el valor del inmueble porque la hipoteca no depara ninguna participación en la "sustancia" del terreno, sino que utiliza el valor-capital insito en la tierra para "finca muy determinados".

LAS CINCO IDEAS MAS INTERESANTES A TRAVES DE LA LECTURA DEL *DISCURSO PRELIMINAR* DE PORTALIS

Por STELLA ROMANO YALOUR

Las cinco ideas más significativas desarrolladas en el discurso de Portalis son, a mi juicio, las siguientes:

1ª — "Las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes".

Las leyes deben ser instrumento al servicio de los hombres. Deben tener por último y supremo objetivo procurar su felicidad. Es indispensable, en consecuencia, que sean especialmente respetuosas de los derechos fundamentales que configuran la personalidad humana. Por lo mismo, constituyen una aberración todas las leyes o sistemas de leyes que olvidan, posponen, subordinan o atacan los intereses o derechos de la personalidad en beneficio de cualquier otra entidad, como pudiera ser el Estado. Todas las instituciones de los hombres deben tener por exclusiva mira la felicidad de ellos. Atribuirle a cualquier institución una existencia independiente y superior a la de éstos es invertir el orden natural.

Hitler llegó a decir que con la Alemania nazi había terminado la era de la felicidad individual para iniciarse la de la felicidad colectiva. Es una cosa francamente monstruosa.

Pero por esa vía van todos los que reclaman leyes que, bajo el pretexto de defender los intereses de la nación constituyen una lesión a la personalidad humana. Pero enténdase que con esto no me spongo a la idea de que sea lícito reglar, sino en cuanto las reglas o leyes importen un menoscabo de la personalidad humana. Se debe reglar para defender la personalidad humana y no para destruirla. Es decir que impugno simplemente el intento de crear otros superiores a los hombres mismos. Los intereses de la Nación no pueden menos que contemplar los intereses de los hombres que la componen. Inventar otros intereses es legislar en contra del hombre.

2ª — "Debe mantenerse lo bueno cuando se duda sobre lo que puede ser mejor".

(*) Trabajo presentado al curso teórico-práctico de Derecho Civil, Parte General, cátedra de los Dtes. López Olaciraga, Perissó y Giménez Fausberg.

Esta norma de prudencia legislativa coincide con el viejo refrán según el cual "Lo mejor es enemigo de lo bueno". Pero no se ha de ser tan prudente que se llegue a detener el progreso por miedo a caer en el error. Me agrada esa norma aunque es norma de edad madura antes que de juventud. Los jóvenes somos propensos a la innovación. Andamos siempre en busca del mejoramiento, de la perfección, del ideal. A menudo sacrificamos bienes que nos proporcionan lo bueno sin lograr los bienes que nos prometen lo mejor. Pero es el viejo riesgo que lleva en sí toda marcha ascendente.

No obstante esto, miro con simpatía las palabras de Portalis porque también ayudan a ascender, ya que si bien instan a permanecer quietos, lo hacen con el ánimo de que no pisemos en el vacío. Avanzar sí, pero sabiendo adónde se va...

3º — "Que casi siempre más útil que cambiar las leyes es dar a los hombres nuevos motivos para que amen las ya existentes".

Esta es una norma de amor que se convierte al mismo tiempo en norma de libertad, pues si le otorgamos nuestra adhesión a las instituciones, no será necesaria la coerción para que las respetemos. No hay coerción porque hay amor y por ende libertad. Hay que tratar de afianzar las instituciones prestándoles nuestra adhesión y cariño, porque es el único modo de que nos proporcionen todo el bien que son capaces de rendirnos. Poco beneficio rinden las instituciones por más perfectas que sean, cuando no están sostenidas por el amor de aquéllos a cuyo servicio se establecieron.

Este consejo es también propio de la edad madura. Los pueblos que han alcanzado un alto grado de civilización suelen ser conservadores y tradicionalistas. Y lo son porque aman las instituciones a cuyo amparo han vivido. De ese modo, sus viejas instituciones parecen renovarse y adquirir una renovada y permanente vitalidad. Recuerdo haber leído no sé donde este sugestivo comentario hecho por un ciudadano argentino que había vivido en Inglaterra: "En este país todo es malo y todo anda bien".

Inglaterra es el país que ama por excelencia sus instituciones. Antes que cambiar sus leyes se adama en amar las que tiene y de esa suerte éstas se comportan como nuevas, con la ventaja que ofrecen las cosas conocidas y queridas.

4º — "Buenas leyes civiles constituyen el más grande bien que los hombres puedan dar y recibir; ellas son el origen de las costumbres, el *patrimony* de la propiedad, la garantía de toda paz pública y privada. Alcanzan a cada individuo y obran sobre él mezclándose a las principales acciones de su vida, siguiéndole por doquier; constituyen a menudo la única moral del pueblo y hacen siempre parte de su libertad; en última instancia, aconsejan a cada ciudadano de los sacrificios que para con la sociedad le demanda la ley política, protegiéndole en su persona y en sus bienes, cuando así lo precisa, como si él fuera la sociedad entera".

La ley civil es a menudo la única moral del pueblo. Aunque esta observación la formuló Portalis con respecto al pueblo francés de las postrimerías del siglo XVIII, se me ocurre que sigue siendo válida para la

mayoría de los pueblos de la actualidad. La ley es casi con exclusividad, el instrumento que fija la conducta de los hombres. Cuando ella desaparece o resulta ineficaz, los hombres actúan a impulsos de su capricho, de sus intereses o de sus pasiones.

Por esto es tan importante la legislación civil; ella es el cañamazo donde tejen los hombres su vida de relación.

Desde luego que la ley puede hallar un sustituto, en ciertos aspectos, en las normas religiosas o en las normas morales, pero para ello es necesario que los hombres posean creencias religiosas o una sólida conciencia moral, lo cual no es frecuente. La ley sería innecesaria para el gobierno de los hombres, si éstos poseyeran un sistema moral, o una conciencia moral que los ayudara a componer su conducta. O si tuvieran creencias religiosas con *sentido moral*. Como esto no es frecuente, la ley se hace indispensable. Sin ella los hombres no saben discernir lo que deben hacer y lo que no deben hacer. Por eso dice Fortalea que las leyes civiles a menudo constituyen la única moral del pueblo. Precisamente porque el pueblo no tiene a menudo suficiente desarrollada su conciencia moral y las leyes contribuyen a la formación de esa conciencia. Una vez desarrollada y cimentada ésta, aquéllas casi resultan innecesarias.

5º — “La ley civil protege al ciudadano en su persona y en sus bienes, cuando así lo precise, como si él solo fuera la sociedad entera”.

Al proteger a cada individuo, la ley protege a toda la sociedad, y al deramparlo desampara también a toda la sociedad. Eso no es una simple figura literaria, es una realidad; la imagen simplemente sirve para darle relieve.

Por eso es tan importante, asimismo, que cada cual defienda sus derechos. Al hacerlo, defiende los de los demás.

Los que por pusilanimidad o por indiferencia o escepticismo descuidan la defensa de los derechos que le acuerda la ley, no sólo nada hacen para sí, sino que nada hacen para los demás. La lucha por el derecho es una de las actividades más nobles de los ciudadanos, aunque a veces aparezca enturbiada por intereses particulares, porque contribuye a cimentar la pasión más elevada de la humanidad: la JUSTICIA.

ESCRITOS JUDICIALES



CONTESTACIÓN DE DEMANDA EN EL FUERO LABORAL

CARLOS ENRIQUE MOUTIER ALDAO

En el mismo acto y no habiéndose obtenido una solución conciliatoria, concedida que le es la palabra el demandado don..... con domicilio real en la casa de la calle.... N°.... piso.... departamento.. de.. (localidad), por intermedio de su letrado apoderado Dr..... L°... F°... Matrícula... (según poder acompañado) ¹ constituyendo ambos domicilio legal en la casa de la calle.... N°.... piso.... departamento.... de esta ciudad ², procede a contestar la demanda, oponiendo la excepción de litispendencia y reconviniendo al actor.

Manifiesta que por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N°... de esta ciudad, se encuentra pendiente la acción iniciada por el actor, fundada en los mismos hechos. Por lo que no puede prosperar la presente demanda.

Solicita el rechazo de la misma con imposición de costas.

A continuación y subsidiariamente contesta la demanda interpuesta negando todos y cada uno de los hechos que la misma contiene y que no sean expresamente reconocidos.

No es cierto que el actor haya comenzado a trabajar para el demandado en la fecha indicada en la demanda, sino el.... de.... de...., por lo que su antigüedad es de sólo catorce meses y seis días.

Ha sufrido tres suspensiones, siempre por causa de faltar sin aviso.

La demandada no ha despedido al actor, sino que, muy por el contrario, es éste quien ha abandonado su trabajo, sin efectuar ninguna comunicación a su empleador. Con tal motivo se le ha enviado oportunamente el telegrama N°... intimándole a reanudar sus tareas dentro de veinticuatro horas, bajo apercibimiento

¹ Debe acompañarse testimonio del acto pasado por ante escribano si se trata de sociedad y del mismo cargo el mandato. El mandato judicial puede acreditarse de igual manera u otorgarse ante la Comisión de Conciliación.

² Dentro del límite de la Capital Federal.

de responsabilizarlo por la ruptura del contrato de trabajo; no habiendo recibido respuesta.

Por tanto el actor ha resuelto intempestivamente el contrato de trabajo.

El salario nominal mensual devengado por el mismo no ha sido uniforme durante su desempeño y su promedio es de... pesos moneda nacional de curso legal (m\$fa....c/l.) por mes.

El actor no se ha presentado a percibir los haberes devengados desde el... hasta el.... día de abandono de tareas; por lo que se acompaña boleta que acredita el depósito en la oficina de Depósitos Judiciales del Banco de la Nación Argentina² a la orden del Presidente de la Comisión de Conciliación de la suma de.... importe de dichos haberes.

Dicha suma se da a embargo y a las resultas de la reconvencción formulada.

Funda su derecho en las disposiciones de la ley 11.729, decreto-ley 33.302 (ley 12.921), ley 11.077, disposiciones aplicables del convenio número.... y la siguiente jurisprudencia....

Solicita:

Se le tenga por presentado, parte y constituido el domicilio legal indicado.

Se tenga por opuesta la excepción de litispendencia, contestada subsidiariamente la demanda y reconvenido el actor.

A sus efectos se designe nueva audiencia.

Oportunamente se haga lugar a la excepción opuesta rechazándose por ello la demanda o subsidiariamente por los hechos expuestos en la contestación y se haga lugar al progreso de la reconvencción, con intereses, costos y costas.

² Ubicada en Lavalle y Uruguay.

UNIVERSITARIAS

OBSERVACIONES RELATIVAS A LA METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

Por LUIS VICENTE GALEANO

I

1. — El propósito central de este trabajo es resumir algunas observaciones provocadas por los problemas que plantean las investigaciones en el campo de la filosofía y las ciencias sociales. Método significa seguir un camino. Investigar significa averiguar o buscar. La investigación no abarca solamente las tareas del pensamiento abstracto, sino comprende todas las otras, incluso las aparentemente más humildes, las manuales por ejemplo, que debe realizar todo investigador para ordenar su material y sus ideas. El orden de esta exposición comienza precisamente por describir los elementos de trabajo que necesita un investigador en nuestras disciplinas. El orden de las cosas ayuda al orden de los conceptos. Excepcionalmente hay pensadores que pese al desorden de su material ordenan bien sus pensamientos, pero el ideal debe ser que todo esté ordenado. Nuestro país requiere urgentemente el estudio de los problemas metodológicos de la investigación, en sus menores detalles. Necesitamos formar investigadores. Ello requiere una previa selección y un período de aprendizaje y maduración. No se puede llegar de golpe a tener el instrumental y la capacidad intelectual necesaria como para acometer las tareas tan serias de las investigaciones filosóficas y científicas. Opinamos que la búsqueda de futuros investigadores debe ser efectuada desde un comienzo entre los alumnos universitarios que demuestren condiciones para ello.

2. — Este trabajo se divide en dos partes: 1º: El estudio y descripción de los instrumentos y del trabajo concreto y material del investigador. 2º: La referencia a algunos problemas de metodología de la investigación, con carácter filosófico.

Este orden es intencionalmente inverso al que generalmente se sigue, porque en materia de método solemos perdernos en consideraciones demasiado generales, y de método no se puede hablar aquí sino en relación directa con el trabajo real de investigación y con los problemas que aparecen en el camino. Por ello, subya-

centemente, están aquí algunas experiencias vividas. El método, como teoría, va ineludiblemente vinculado con el trabajo concreto de investigación. Por ello todos los grandes científicos y filósofos de nuestra época son metodólogos. Un cambio de método puede producir sorprendentes resultados en un campo del pensamiento. Por ello es que vale la pena reflexionar hondamente, antes de cualquier investigación a acometer, sobre el método o los métodos a seguir. Mirándolo bien, si estudiamos fenomenológicamente un problema, en realidad no debemos aplicar solamente el método fenomenológico, porque paralelamente, si queremos ser ordenados, tendremos que fichar el material y este método de fichaje no es fenomenológico (puede ser alfabético o matemático o ambas cosas a la vez) y forma parte de la investigación y se aplica simultáneamente con miras a un único fin: lo que se busca en la investigación.

Es conveniente recordar que un buen método, adecuadamente escogido, produce una mayor claridad, distinción y orden en el pensamiento que resulta del trabajo de investigación. Es importante saber que el trabajar ordenadamente da mucho más garantías de que el resultado sea útil a los demás, porque si el investigador obtiene una satisfacción personal, al mismo tiempo sabe que escribe y piensa para comunicar a los demás su trabajo. Con esto queda dicho que la investigación es una tarea generosa, y que en todas las etapas de ella debe estar ausente el egoísmo.

Pero todo trabajo de investigación lleva en sí mismo problemas de carácter filosófico, porque el principal instrumento de trabajo es el pensamiento.

3. — Comenzando por lo más sencillo, invirtiendo el orden generalmente seguido, tratemos de ver cuáles son los instrumentos materiales de trabajo de un investigador en nuestras disciplinas, es decir, en el campo de la filosofía y de las ciencias sociales, especialmente la sociología: 1: Papel. 2: Pluma y plumas anchas de diferentes tamaños. 3: Lápiz. 4: Lápiz de color. 5: Libros. 6: Revistas. 7: Fichero. 8: Máquina de escribir. 9: Reloj. 10: Almanaque. 11: Lugar de estudio. 12: Libreta de apuntes. 13: Carpetas. 14: Esquemas iniciales que ordenan previamente los primeros conceptos y materiales para la investigación. 15: Frasco de goma. 16: Una tijera de hojas largas para papel. 17: Una regla centimetrada. 18: Bibliorato para correspondencia, tamaño oficio.

Causa asombro pensar que un cirujano, para salvar una vida estudia los menores detalles de su quehacer, y nosotros, que trabajamos con el pensamiento, no nos preocupamos mucho de los detalles de nuestro trabajo. Pero el pensamiento tiene tanta importancia como la vida.

Los instrumentos no materiales de trabajo del investigador, que son los más importantes: 1) La mente del investigador. 2) Su

lenguaje. 3) Los diversos medios para comunicarse recibiendo y dando información sobre la tarea que realiza antes, durante y después de la investigación. 4) Ideas aprehendidas que forman el bagaje general y especial con que el investigador acomete su tarea. 5) Los métodos. 6) Uno o varios ayudantes y auxiliares de la investigación.

El primer instrumento de trabajo es la mente. En ella se albergan los conocimientos con los cuales el investigador acometerá la tarea. Lo primero es examinar con toda honestidad si se tienen los conocimientos suficientes como para comenzar el trabajo. Si no se poseen, es un rasgo de secreta y heroica honradez el decirse: no se lo suficiente como para investigar este tema. Y a continuación: debo estudiar las materias necesarias para luego recién investigar. Todo pensamiento que se descubre se apoya en pensamientos anteriores.

El lenguaje va unido a la mente. El lenguaje es la otra cara del pensamiento. Pensamiento y lenguaje deben ser claros y distintos. El lenguaje debe ser sintético, ordenado, preciso. Aquí viene oportuno el consejo de KAUFFMANN: en todo trabajo de investigación debe haber un capítulo inicial donde se aclare el sentido con que se utilizarán las palabras técnicas del tema. Y deberá emplearse siempre cada palabra con el sentido fijado. Esto se llama univocidad. Además, el investigador tiene su lenguaje, está frente al lenguaje de otros investigadores y ambos pueden ser lenguaje hablado o lenguaje escrito. Las mismas reglas de orden y claridad que valen para el lenguaje escrito, deben normar el lenguaje hablado. Claridad significa ahorro de tiempo y el camino más seguro para llegar a la probable verdad. En materia jurídica el lenguaje es, tal vez, el principal instrumento de trabajo (mirando siempre como la otra cara del pensamiento), pero quizás no se ha prestado la debida atención a ello.

Los medios de comunicación del investigador son muy importantes. Además del lenguaje, la bibliografía, la correspondencia y las conversaciones con otros investigadores, forman parte del mecanismo imprescindible del cual el investigador debe tener conciencia antes, durante y después de la investigación. Antes, porque le será menester hablar con otros especialistas para ubicarse en el tema, en el método y en la bibliografía. Durante, porque le será necesario para enriquecer su propio pensamiento contar qué es lo que está haciendo, preguntar, averiguar. Lo que él diga o comunique puede provocar respuestas útiles, especialmente críticas. Después, porque ocupará el lugar de aquéllos a quienes él interrogó antes y podrá así proporcionar a los demás noticias del tema para poner o ayudar a poner en camino a otros.

Recordemos que los problemas que extraña toda comunicación son temas fundamentales del pensamiento filosófico moderno. Piénsese en lo que significa la palabra "comunicación" aplicada a

las monografías con que los científicos hacen saber lo que han investigado. Y piénsese ahora esta palabra a la luz de lo que queda dicho.

4. — La bibliografía es elemento básico. Debe estar al día y ordenada y fichada. Puede comenzarse su lectura empezando por las obras más modernas, evitando los largos desarrollos históricos. Esto implica el difícil problema en nuestros tiempos de conocer la bibliografía que aparece. Por ello recordamos que bibliografía va unida a comunicación. Será indispensable el conocimiento de idiomas. Y también el agotar la lectura de la bibliografía íntegra o de la parte principal de ella, antes de comenzar la investigación. Esta tarea se hace poco, pero evita las repeticiones inútiles y los fallos descubrimientos. Un descubrimiento puede ser nuevo para el autor, pero no para otros, y el investigador debe recordar siempre que está trabajando más que para sí mismo y su satisfacción personal, para la comunidad de la cual forma parte y de la que ha recibido en forma inmediata o mediata el apoyo del pensamiento ajeno y de los otros medios de investigación que le permiten seguir adelante. (Nunca existe pensamiento solitario. Hasta dentro de nosotros hay diálogo). Esto se puede llamar generosidad de la investigación.

Es fundamental utilizar bibliografía de primera mano. Frecuentemente los estudiantes citan artículos u obras en los cuales se hace referencia al autor que se estudia. Esto no debe ser. Si por ejemplo, se estudia a Ortega, deberán leerse en primer término las obras del mismo y luego, tal vez, algún trabajo sobre el filósofo de un crítico calificado. Es importante pedir consejo, al reunir la bibliografía que es tarea inicial, a un especialista. Los alumnos deben acostumbrarse a pedir consejo para orientarse en los estudios. Conviene fichar todo el material bibliográfico utilizado por orden alfabético de autores o por orden lógico según la importancia asignada a cada obra. Pero cuando son muchas obras, el aconsejable es el alfabético. Las citas deben hacerse de una manera precisa indicando apellido del autor, nombre, título de la obra entre comillas, lugar de edición y año, editorial, número de páginas, número de la edición y si es traducción, quién es el traductor y de qué idioma. Al lado del nombre del autor conviene poner la fecha de su nacimiento y muerte. Si esta última fecha no existe, indica que vive. Basta con citar el año. En filosofía y en cualquier ciencia tiene importancia la época en que el autor ha vivido. Los artículos pueden ficharse de una manera similar, comenzando con el título del artículo; si hay autor, el nombre, publicación donde se encuentra y especialmente la fecha. Las fichas de artículos pueden ser ordenadas por orden alfabético de títulos o por orden cronológico de fechas de publicación de tal manera que encabecen el fichero los artículos de fecha más reciente. Este orden responde a la idea de que la bibliografía debe estar al día.

No podemos aclarar aquí las diversas maneras de tomar notas de las lecturas. Sólo diremos que conviene llevar una libreta de apuntes¹.

Es importante saber cómo se hacen los borradores: conviene hojas grandes, numeradas, perforadas, escritas de un solo lado con un buen margen para las anotaciones posteriores y correcciones, referencias, etc.

II

3. — No podemos extendernos en este punto tan importante, diremos solamente: 1º: Hay que conversar sobre el tema con personas que sepan de él antes, durante y después de la investigación. 2º: Es preciso confeccionar un horario regular de investigación y trabajo. 3º: El tiempo no solamente debe estar dedicado a leer y escribir, sino a observar la realidad en los temas vinculados con ella y especialmente a pensar. Muchas veces pensar es más importante que leer o escribir. 4º: No hay que trabajar con apuro. Toda investigación requiere un tiempo de maduración. Al escribir deben cuidarse mucho el orden y la claridad. Siempre es necesario pensar que se escribe para hacerse entender por los demás. Las alusiones no bastan. Las citas deben ser precisas y claras. 5º: No hay que trabajar en temas demasiado generales. 6º: Hay que cuidar el seguir una línea trazada provisoriamente de antemano y no desviarse en digresiones inútiles. Es menester olvidar la erudición. La monografía no debe ser un alarde de saber sino pensamiento elaborado útil para los demás como punto de apoyo para futuras investigaciones. 7º: Ningún problema se soluciona por medio de intuiciones brillantes y rápidas. Aunque tengamos la evidencia es menester pensar y repensar. 8º: Debe tenerse conciencia de que muchas veces las respuestas a los problemas llegan después de un largo esperar y que a veces no nos llegan a nosotros. El entusiasmo del descubrimiento debe ser refrenado por el control basado en la posibilidad de una decepción posible. 9º: Nunca hay que esconder lo que se sabe porque el saber no es nuestro, lo hemos recibido y tal vez lo acrecentamos para transmitirlo. 10º: No deben ocultarse a los demás los libros valiosos o los trabajos que uno posee. El intercambio de información es una de las bases de la cultura general y el investigador trabaja para ella.

¹ En el Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires funciona un servicio de información sobre investigaciones en el cual se asesora a los alumnos sobre las siguientes materias: 1º) Métodos de investigación. 2º) Técnicas para la realización de monografías. 3º) Técnicas bibliográficas. 4º) Confección de ficheros. 5º) Asimismo se trata de orientar sobre la técnica y posibles métodos a seguir en el caso de investigaciones especializadas en las materias del Instituto.

6. — Conclusiones

1. — Ninguna investigación puede llegar con claridad a resultados fecundos si previamente no se plantean rigurosamente los problemas del método o de los métodos que requiere (KAUFMANN).

2. — Es preciso estimular en nuestro país el estudio de los problemas metodológicos prácticos y teóricos que implica toda investigación. Hay que enseñar a confeccionar monografías.

3. — Es menester adiestrar a los alumnos en la metodología de la investigación yendo de lo más simple a lo más complejo y haciéndoles comprender que el proceso científico y cultural de nuestro país así lo requiere.

4. — Es necesario formar investigadores que sepan trabajar en equipo. Además, deberán instruirse los auxiliares de la investigación, que son tan importantes como los que manejan el material ordenado y pensado por los mismos. Todo auxiliar de investigación debe conocer la materia en la cual trabaja.

5. — En toda carrera para formar investigadores, deberá comenzarse simultáneamente por enseñar teóricamente a alumnos, previa selección de los mismos, pero al mismo tiempo se enseñará a éstos las técnicas de investigación, cuidando todos los detalles, pero dejando la necesaria libertad como para que en su momento oportuno puedan a su vez crear.

6. — Debe difundirse el conocimiento de la bibliografía sobre metodología. Esta materia tiene la misma importancia que las disciplinas de fondo.

BIBLIOGRAFIA

1. — KAUFMANN, Félix. *Metodología de las ciencias sociales*. México, 1946. Fondo de Cultura Económica. 438 págs.
2. — RAMÓN Y CAJAL, Santiago. *Reglar y consejos sobre la investigación científica*. Madrid, 1940. Lib. Beltrán. 303 págs.
3. — CARVALLOTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. Traducción del Dr. Ángel Guzmán. Unión Tipográfica editorial Hispans-Americana, 103 págs.
4. — AUSTI VERA, Armando. *Estructura y método de una monografía*. Buenos Aires, 1959. 52 págs.
5. — AUSTI VERA, Armando. *Metodología de los trabajos de investigación*. Separata de la Revista Universitaria, órgano de la Universidad Nacional del Litoral, nº 25, Santa Fe, 1952. 26 págs.
6. — CHATELAIN, P. *Organización del trabajo intelectual*. Traducción de Jenaro Artiles. Barcelona, 1936. Editorial Labor. 173 págs.
7. — KOURGANOFF, Vladimir. *La investigación científica*. Traducción de L. Bunschik de Lagones. Buenos Aires, 1959. Editorial Universitaria de Buenos Aires. 68 págs.
8. — WHITTEMAN, Alfred N. *Los fines de la educación*. Traducción de Juan Mantovani. Buenos Aires, 1957. Editorial Paidós. 234 págs.

BECARIOS DE LA TULANE UNIVERSITY: CRONICA DEL VIAJE

El día 16 de febrero próximo pasado, partió por vía aérea hacia los Estados Unidos de Norteamérica, una delegación de estudiantes de esta Facultad, presidida por el señor Decano, profesor doctor Francisco P. Laplaza, con el objeto de participar en un Seminario de Derecho Comparado organizado por la TULANE UNIVERSITY, mediante becas que les fueron otorgadas, por esa Universidad.

Los integrantes de aquella delegación fueron seleccionados mediante un concurso de antecedentes, verificado conjuntamente por las Universidades de Buenos Aires y de Tulane, a cuyo efecto se formó un jurado, integrado por los doctores Enrique A. C. Azúria, Enrique Díaz de Gujarrío, Francisco P. Laplaza y el profesor Samuel Mc Neely, en representación este último, de la Universidad de Tulane. Resultaron nombrados las señoras Marta E. Angulo, Ana María Aulet García, Ana Rosa Casaró, Haydée B. Dragonetti y Aurora S. Frutos y los señores Enrique Bacigalupo, Carlos A. Castilla, Pablo A. Horvath, Leopoldo Magallanes, Teófilo Mejía-Lelaty, Luis Penferrada (h.), Roberto Quieto, Alfredo F. Ugarte, Eduardo Zarberk Jezami y Moisés Ilonicoff.

Los becarios permanecieron algunos días en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, donde fueron declarados huéspedes oficiales. En esta oportunidad, visitaron el Colegio de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, donde les fue ofrecido un almuerzo por su Decano, el doctor Manuel Rodríguez Ramos y el profesor doctor Guaros Velázquez.

Antes de arribar a Nueva Orleans, los estudiantes visitaron la Universidad de Miami en el Estado de Florida, donde fueron agasajados por autoridades, profesores y alumnos de la Facultad de Derecho de esa Universidad.

El Seminario de Derecho Comparado se desarrolló metódicamente, de acuerdo con un programa que fué escrupulosamente observado. El mismo comprendió clases de Derecho Comparado, de Ciencia Política y, en forma complementaria, de Inglés.

Las clases de Derecho Comparado estuvieron a cargo del distinguido profesor mexicano, doctor Rodolfo Batiza, Director Asociado del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Tulane, en funciones de Director y Profesor Asociado de Estudios Jurídicos Latinoamericanos, bajo cuya dirección técnica se organizó el seminario. Estas clases versaron sobre:

El *common law*, origen y desarrollo; estructura y concepto. Organización judicial; el *common law* en los EE. UU.; régimen jurídico de la propiedad; derechos futuros; la equidad como orden jurídico; el *trust*, concepto y desarrollo, clasificación y principios fundamentales; contratos; *costs* (responsabilidad extracontractual); futuro del *common law*, etc.

Las clases de Ciencia Política (Political Science), estuvieron a cargo del profesor Kalman Silvert, de la Facultad de Ciencias Políticas de Tulane y versaron en general, sobre aspectos políticos, económicos y sociológicos de los Estados Unidos.

Las clases complementarias de Inglés, estuvieron a cargo del profesor Samuel Mc Nerly, Consejero de Estudiantes Extranjeros de la Universidad y coordinador del programa de seminario, que recibió a los estudiantes. El Sr. Puerto Rico, y, desarrollando una actividad extraordinaria, acompañó durante todo el viaje y hasta el último día, en Nueva York. También colaboró en las clases de Inglés, el profesor Higgins.

Estas clases matinales fueron completadas durante las tardes, con debates de mesa redonda, que contaron con la participación de los profesores Batiza, Carnes, Gioovate, Griffith y Silvert.

El Decano de la *School of Law de la Tulane University*, Mr. Forrester, dictó una instructiva conferencia a los estudiantes argentinos sobre el Derecho Constitucional de los Estados Unidos, tema de su especialidad. Por su parte, invitado por el Dean Forrester, el señor Decano doctor Francisco P. Laplaza dictó, en la clase regular del primero, una conferencia sobre Derecho Constitucional Argentino, que fue pronunciada en inglés. El doctor Laplaza dictó otras dos conferencias, una para el Seminario de Graduados extranjeros, organizada por esa Universidad, y otra que versó sobre "La misión del abogado en la actualidad", para alumnos de la misma Universidad, siendo ambas, pronunciadas también en idioma inglés.

El profesor Samuel Mc Nerly, pronunció a su vez, una interesante disertación, sobre el tema "El intelecto norteamericano". Por su parte, el profesor Williams J. Griffith, de la Facultad de Historia, desarrolló un ciclo de conferencias, sobre la historia de los EE. UU., interpretada, y el profesor Bernard Gioovate, sobre literatura norteamericana.

Es menester destacar que los profesores del Seminario, instaron en todo momento a los alumnos argentinos a que participaran activamente en clase, respondiendo en múltiples oportunidades a requerimiento de éstos. De esta manera, se efectuó un interesante y dinámico cambio de ideas.

Los becarios tuvieron oportunidad de conocer la práctica del proceso oral en los EE. UU., en sesiones de la Corte Suprema de Luisiana (donde pronunció un discurso de bienvenida el Presidente de dicha Corte, Mr. John B. Fournet, de la Corte Penal de dicho Estado, y de la Suprema Corte Federal. También efectuaron una visita a la cárcel del Estado, interiorizándose del régimen penitenciario utilizado en la misma.

Durante el desarrollo del seminario, los estudiantes fueron agasajados y homenajeados en repetidas oportunidades. Diversas reuniones sociales,

y cenas de pequeños grupos en casas de familia, permitió a los mismos trazar amistades e interiorizarse íntimamente y en diversos aspectos de la vida en el seno de la sociedad norteamericana.

Los seminaristas argentinos visitaron la Universidad del Estado de Luisiana (en Baton Rouge, ciudad capital) y luego, en Texas, las Universidades de Houston y de Dallas. En esta última (cuya denominación oficial es "Southern Methodist University"), fueron recibidos por el profesor argentino, doctor Julio César Cueto Rúa, asistiendo a una de sus clases habituales de Derecho Comparado.

El Seminario de Derecho Comparado, fue clausurado en una solemne ceremonia, a la que asistieron todos los profesores que participaron en el desarrollo del mismo, el Dean Forrester y el doctor Laplaza. En dicha oportunidad, los estudiantes recibieron de manos del doctor Forrester un diploma que acredita su participación en los cursos dictados. En esa ocasión el doctor Laplaza, pronunció elocuentes palabras de despedida, testimoniando nuestro reconocimiento a la Universidad de Tulane y augurando nuevos intercambios de estudiantes, al término de los cuales, hizo entrega al Dean Forrester de un pergamino recordatorio, donde figuran los escudos de ambas casas de estudio, ya fraternalmente vinculadas. El profesor Silvert habló en nombre de sus colegas y nuestros condiscípulos Castilla y Bacigalupo en nombre de la delegación, haciendo entrega los estudiantes al Dean Forrester de banderines de nuestra Facultad.

Posteriormente, los estudiantes se dirigieron a la ciudad de Washington, recorriendo durante varios días en su camino, los principales centros de estudio en los Estados de Misipi, Alabama, Georgia, Carolina del Sur, Carolina del Norte y Virginia. En este último Estado, fueron agasajados por el Decano, profesores y estudiantes, de la *School of Law* de la *Washington and Lee University*.

Luego de conocer diversos lugares de la Ciudad de Washington, los estudiantes fueron recibidos por el Secretario de Estado Adjunto para Asuntos Latinoamericanos de la Unión, Mr. Roy Rubottom, con quien departieron muy cordialmente. Posteriormente, fueron invitados a una recepción que tuvo lugar en la residencia del señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia Federal, el Hon. Judge Mr. Warren. Los becarios asistieron a una sesión del Senado de los Estados Unidos y presenciaron la discusión de la ley de Derechos Civiles. Luego, se entrevistaron con el

señor

señor Mr. Long [por Louisiana], con quien discutieron un proyecto de ley. Finalmente, la delegación argentina ofreció a las autoridades, un cóctel en el Hotel Lafayette.

una etapa de su viaje de visitar el país de las Américas Unidas. En dicho momento se reunió en el salón de la Embajada Argentina ante el Embajador de

Los becarios se dirigieron luego a Nueva York, durante su viaje por la Unión. En dicha ciudad, tuvieron oportunidad de visitar el edificio donde funciona la Organización de las Naciones Unidas. En esas circunstancias, fueron agasajados con un almuerzo por la delegación permanente de la República Argentina ante la UN, al que fuera especialmente invitado S. E. el señor

la República de Chile, doctor Daniel Schweizer, amigo personal del doctor Laplaza.

Los visitantes fueron también homenajeados por el titular del Consulado argentino en Nueva York, señor Ramón Casanova.

Otras visitas a distintos centros de estudio como la *New York University*, y a bibliotecas, museos, monumentos, galerías de arte y espectáculos públicos, completaron el magnífico viaje de los seminaristas.

Antes de terminar estas notas, que no reflejan ni pueden reflejar las emociones vividas, las experiencias y conocimientos adquiridos, las inquietudes y vocaciones despertadas, queremos dejar expuesto nuestro más vivo reconocimiento a las autoridades de la *TULANE UNIVERSITY* que auspiciaron este programa y que lo organizaron en forma tan acabada y perfecta, que dejaron comprometida la gratitud de los estudiantes argentinos.

También queremos manifestar nuestro agradecimiento a los grupos de familia, que en forma tan simpática, amable y cordial, nos acogió en sus hogares, y a las organizaciones privadas que con su esfuerzo contribuyeron de una u otra manera, a realzar el brillo de cada jornada.

Esperemos que en lo sucesivo, se produzcan cada vez más frecuentes intercambios de estudiantes, ya que como dijimos en otra oportunidad, constituyen la mejor diplomacia entre los Estados, porque el mejor conocimiento de los pueblos, contribuye indudablemente, al mejor entendimiento de sus gobiernos.

TRÓFILO MIJALELATY

CONCURSO EN LECCIONES Y ENSAYOS

Adhiriéndose a los actos que se realizan en homenaje al sesquicentenario de la Revolución de Mayo, el Consejo de Redacción de la revista *LECCIONES Y ENSAYOS*, ha resuelto abrir un Concurso de Monografías Jurídicas, que contará con la participación de los estudiantes de las Facultades de Derecho de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes, La Plata, Santa Fe y Tucumán.

Es éste un esfuerzo más de la revista *LECCIONES Y ENSAYOS*, que acorde con los fines de su creación, está destinado a estimular a los jóvenes que, deseosos de iniciar sus primeros pasos en el escribir jurídico, no hallen la oportunidad para hacerlo.

Constituye propósito inmediato de ésta iniciativa, lograr que los estudiantes ensayen y comiencen a elaborar sus propias conclusiones, para que cuando deban actuar —ya convenientemente preparados— sepan desempeñarse.

Dado que la palabra escrita y hablada constituye el instrumental del abogado, se desprende la necesidad de que el estudiante de derecho deba poseer en condiciones adecuadas para su utilización. Así como las grandes causas se ganan con la palabra expresiva y vigorosa, hasta las más pequeñas se pierden por la oscuridad y tibieza del lenguaje empleado.

Los mayores conflictos que presenta la doctrina jurídica, son problemas interpretativos que tienen su origen, la mayor parte de las veces, en una redacción deficiente, oscura o incorrecta. Es necesario escribir y redactar bien, para que los demás puedan leer y entender mejor.

Claro, que no todo es escribir y hablar bien, que fama de deditores con las palabras tienen los abogados. Son necesarios —imprecisables, digamos— el estudio y trabajo conscientes, que lleven a la investigación seria y razonada. La forma sin materia es vacuidad; la materia sin forma... es una listima.

Los estudiantes deben repetir un poco menos, y pensar un poco más. Para ello, es menester renunciar a la mediocridad que impulsa a ver al arte creador como patrimonio ajeno, abortando los pensamientos que engendra la inquietud, por temor a equivocarse. En la historia de la humanidad, mil perros, no logran apagar un acierto.

Al estudiante que está dispuesto a participar en la competencia con su ensayo, le decimos: Poned coraje y corazón en la tarea, con la firme convicción, de que aún no existe el esfuerzo, que no dé sus frutos.

LA DIRECCION

BASES DEL CONCURSO

Artículo 1º — La revista LECCIONES Y ENSAYOS abre un concurso de trabajos monográficos en el que podrán participar todos los alumnos de las carreras de abogacía, notariado y pro-ceración, de las distintas Facultades de Derecho nacionales del país.

Art. 2º — Los trabajos deben tener una extensión no mayor de 30 páginas, ser inéditos y versar sobre cualquier tema relacionado con las disciplinas cuya enseñanza se imparte en las distintas Facultades. Serán presentados o remitidos al Departamento de Publicaciones de esta Facultad de Derecho y Ciencias Sociales hasta el 30 de septiembre de 1960.

Art. 3º — Queda prohibida la intervención de los miembros del actual Consejo de Redacción de la revista LECCIONES Y ENSAYOS.

Se designa un Comité Ejecutivo formado por: Carlos A. R. Lagomarsino, Teófilo Mejalelaty y Marta E. Angulo, encargado de tomar todas las medidas que considere necesarias para poner en ejecución este Concurso, así como aquellas tendientes a su mejor realización.

Art. 4º — Es requisito indispensable para tomar parte en este Concurso tener a la fecha de la presentación de los trabajos, aprobadas por lo menos, cinco materias. No se recibirán trabajos de los que tengan aprobadas la totalidad de las materias de su carrera, aún cuando todavía no hubiesen recibido su diploma.

Art. 5º — La monografía debe presentarse en papel tamaño oficio, un original y dos copias, mecanografiadas a dos espacios, firmadas con seudónimo y adjuntando un sobre lacrado en cuyo interior figurarán los datos personales del autor. En ese sobre debe constar en el exterior bien visible, el seudónimo adoptado. Cada alumno puede presentar más de un trabajo.

Art. 6º — Los secretarios de cada Facultad sellarán y firmarán el sobre en el dorso, como constancia de que el alumno reúne los requisitos a que se refiere el art. 4º.

Art. 7º — El Comité Ejecutivo dará a publicidad próximamente, el nombre de los señores profesores miembros del jurado correspondiente.

Art. 8º — El jurado deberá expedirse antes del 31 de octubre de 1960, debiendo discernir cinco premios. El Concurso puede declararse desierto. Los premios consistirán en:

1er. Premio: Publicación del trabajo en LECCIONES Y ENSAYOS y en una separata de dicha revista de 300 ejemplares que será entregada al autor. Una colección de Monografías Jurídicas, valor \$ 1.500. Donación: Editorial Abeledo-Perrot.

2do. Premio: Publicación del trabajo en LECCIONES Y ENSAYOS y una separata de 200 ejemplares para el autor. Una colección de "Cuadernos" y 1 ejemplar de la "Teoría Pura del Derecho", de H. Kelsen y otro, "Derecho Civil y Código Civil" de J. C. Rébora. Donación: Eudeba.

3er. Premio: Publicación del trabajo en LECCIONES Y ENSAYOS, y una separata de 100 ejemplares para el autor.

4to. y 5to. Premio: Publicación en LECCIONES Y ENSAYOS.

Art. 9º — Los trabajos presentados no serán remitidos a sus autores y el Consejo se reserva el derecho de publicarlos en la forma que considere conveniente. No obstante, dichos trabajos pueden ser retirados desde el día 1º al 30 de noviembre de 1960.

Art. 10. — En todos los casos, la publicación se hará con la mención expresa del premio obtenido por el participante y el nombre de los miembros del jurado que lo otorgaron.
Buenos Aires, mayo de 1960.

EL CONSEJO DE REDACCION

El H. Jurado estará integrado por los señores miembros del Consejo de Profesores de LECCIONES Y ENSAYOS y Directores de Institutos que a continuación se señalan. El mismo, dividirá sus tareas en tres comisiones:

A) Derecho Privado.

Dr. Guillermo L. Allende, Profesor Asociado de Derecho Civil IV, Miembro del Consejo de Profesores de LECCIONES Y ENSAYOS.

Dr. Enrique A. C. Astiría, Profesor titular de Derecho Comercial. Director del Instituto de Derecho Comparado.

Dr. Enrique Díaz de Guljarro, Profesor titular de Derecho Civil V. Director del Instituto de Derecho Civil.

B) Derecho Público.

Dr. Luis Jiménez de Asúa, Profesor titular (contratado) de Derecho Penal. Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología. Miembro del Consejo de Profesores de LECCIONES Y ENSAYOS.

Dr. Segundo V. Linares Quintana. Académico. Profesor titular de Derecho Constitucional I. Director del Instituto de Derecho Constitucional y Político.

Dr. Manuel Pinto. Profesor titular de Derecho Social. Director del Instituto de Derecho del Trabajo y Previsión Social.

C) *Ciencias Sociales.*

Dr. Guillermo Ahumada. Profesor titular (Full-time) de Finanzas y Derecho Financiero. Vicedecano. Director del Instituto de Economía Política y Finanzas.

Dr. Carlos S. Fayt. Profesor Asociado de Derecho Político (interino a cargo de la Cátedra). Miembro del Consejo de Profesores de LECCIONES Y ENSAYOS.

Dr. Ambrosio L. Gioja. Profesor titular (Full-time) de Filosofía del Derecho. Director del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología.

EL COMITE EJECUTIVO

LIBROS Y REVISTAS

El profesor Hans Kelsen, autor de la Teoría Pura del Derecho, que tanto ha influido sobre las jóvenes generaciones de juristas argentinos, se ocupa en el presente trabajo, una vez más, de un tema caro a su espíritu: el de la Justicia. Complemento necesario de la investigación científica del derecho positivo es el de la investigación acerca de la naturaleza, funciones y posibilidades de conocimiento científico de las normas de justicia y del problema íntimamente vinculado a éste, de la validez científica de las teorías acerca del Derecho Natural.

No es ésta la primera vez que el autor aborda estos temas, pueden citarse entre otros sus trabajos: "Die Idee des Naturrechts" (La Idea del Derecho Natural, ed. castellana por Ed. Losada, 1946), "La Metamorfosis de la Idea de Justicia", en "Del Actual Pensamiento Jurídico Norteamericano", Ed. Araya; "Sociedad y Naturaleza", Ed. Depalma, 1945, y "Qué es la Justicia" en *Rev. de 1938*. El presente trabajo forma parte de una publicación que, bajo el título de "El Derecho Natural", auspicia el Instituto Internacional de Filosofía Política y en el cual colaboran además del autor, Ch. Fereissman, A. P. D'Entreves, B. de Jouvenel, N. Bobbio, M. Przet y Ch. Eisenmann.

El estudio de Kelsen divide en dos partes principales: Las Normas de Justicia y El Derecho Natural.

El propósito de la primera sección es "un examen científico del problema de la Justicia", partiendo de "Las representaciones y conceptos que los hombres se hacen efectivamente en el presente como en el pasado de aquello que denominan justo, de aquello que califican de justicia". No debe pronunciarse sobre lo que es justo pero sí puede tratar de "discernir en las diferentes normas de Justicia un elemento común para llegar así a un concepto general de justicia". Este concepto general, haciendo "pendant" con el concepto general del derecho enunciado por la Teoría Pura, es completamente vacío, es decir, formal, y será "el concepto de una norma esencialmente general, que prescribe que en condiciones determinadas un tratamiento determinado debe ser aplicado a los hombres, sin afirmar nada, sea lo que fuere, sobre las modalidades de ese tratamiento".

Largo sería dedicar atención a cada uno de los tópicos de que allí se tratan, sin embargo merece destacarse el § 6, porque lo que dice Kelsen sobre el "ilegítimo normativo" puede, quizá, ser útil para repensar algunos importantes aspectos ocultos de la T. Pura. También es particularmente interesante, teniendo en cuenta el profundo conocimiento de Kelsen de la filosofía kantiana, el § 12 en el cual se analiza la doctrina del Imperativo Categórico.

En rápida sucesión se exponen luego,

en aguda síntesis, y se los critica en breves y agudas frases, los conceptos de Aristóteles, el principio de verificación, las teorías comunistas, democráticas y las sustentadas en el principio de igualdad. Finalmente nos presenta la idea de Justicia en Platón y en la doctrina cristiana.

La segunda sección se ocupa del Derecho Natural, analizando primeramente la distinción entre las teorías idealistas y realistas del derecho, para pasar seguidamente a enunciar su pensamiento, ya clásico, sobre la tajante separación entre el "ser" y el "debe ser", y entre valor y realidad (§ 31. El arco lógico de la teoría del Derecho Natural). Luego, en un interesante capítulo estudia el origen teológico de la doctrina de la inmanencia de los valores (§ 32). Sigue su exposición sintetizando las teorías que consideran al derecho natural como sustentado en la naturaleza del hombre, en sus instintos o en su razón, estudiando aquí simplemente el concepto de la razón práctica a la luz de las teorías de Santo Tomás de Aquino y de Kant. Sigue y la moderna teoría del sentimiento del derecho como fuente del derecho natural son revisadas a continuación.

GUILLELMO A. BORDA, *Fundamento de la responsabilidad extracontractual*. "La Ley", tomo 94, Sec. Doct., pág. 827.

La claridad expositiva que caracteriza los trabajos del Dr. Borda constituye una permanente invitación a la lectura de sus escritos. Si a más de este elemento de interés agregamos la complejidad del tema escogido sobre el que tanto se ha dicho, fácilmente se comprenderá que el ensayo que hoy comentamos represente un aporte pleno de sugerencia para los estudiantes y estudiosos del derecho civil.

Se enfrenta el A. con la doctrina clásica,

Más adelante expone el autor las construcciones que se han hecho para solucionar los resultados contradictorios de las distintas teorías del derecho natural, es decir aquellas que consideran, o bien el derecho natural llamado concreto como subordinado o bien como coordinado, el llamado derecho natural invariable.

Finalmente se contemplan las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo, haciendo hincapié en el carácter conservador del primero, analizando aquí particularmente las tesis estéticas, científicas, de Hobbes y de Puffendorf. En conexión con estos problemas termina el trabajo enunciando las relaciones de la teoría del derecho natural con el positivismo jurídico y con la teoría pura del derecho.

El mérito mayor de la obra reside, a nuestro juicio es que, en pocas frases se revelan las ideologías subyacentes en las doctrinas jurnaturalistas y se clarifican los errores lógicos en que se sustentan; pero no es menos útil la enunciación clara y despojada de bofetada literaria de todas esas diversas tesis que tanto han influido, influyen e influirán sobre la conducta social, política, cuando no moral, de los hombres.

ENRIQUE GATTE

que hace reposar el fundamento de la responsabilidad extracontractual exclusivamente en el dolo y la culpa, y con pluma brillante y certera va enunciando las insuficiencias, las contradicciones y los errores que se desprenden de tal concepción. Como consecuencia de estos graves reparos formulados, el A. se inclina a aceptar la teoría del "riesgo creado", pero jugando armónicamente con la culpa y el dolo como fundamentos de la responsabilidad sin contrato.

Procede de la siguiente manera: 1°) detalla los hechos de los cuales emerge responsabilidad extracontractual en hechos ilícitos propiamente dichos y hechos no ilícitos o reñidos; 2°) afirma que el fundamento de la responsabilidad reside en los primeros primeramente en el dolo y la culpa y en los segundos en el riesgo creado. Por supuesto, sin descartar ni en uno ni en otro caso la mayor o menor influencia que tienen el riesgo creado o el dolo y la culpa respectivamente. Como se ve, el doctor

Borda propicia la conjunción armónica de la teoría clásica y la del riesgo creado para fundamentar el tipo de responsabilidad de que nos venimos ocupando.

Destaca finalmente el A. que el problema dicta mucho de tener un mero valor teórico y que por el contrario reviste un eminente carácter práctico.

Algunos pocos renglones en el que se sintetizan con acierto las conclusiones del A. cierran el trabajo.

CARLOS A. R. LOCONGHIANO

JUAN E. GAZOTTI, *Leyes sociales del trabajo*, Edic. Macchi, Buenos Aires, 1960 (494 págs.).

Brindamos favorable acogida a esta obra recientemente publicada, que llena dentro del marco de sus posibilidades, una verdadera necesidad: tanto desde el punto de vista docente como del profesional.

El autor procura, y logra con este trabajo, marcar un hito más en el camino de la codificación de esta importante rama del derecho, que ya en forma prevista, contempla el art. 87 inc. 11 de la Constitución Nacional, para cuando llegue el momento oportuno.

Las principales características de este libro, que ha sido concebido con un criterio eminentemente práctico, son:

a) Comprende toda la legislación laboral vigente, sancionada hasta el mes de abril de 1960. Incluye —y así debe ser— los decretos reglamentarios de las leyes respectivas, que tienen importancia predominante en la materia.

b) Dicha legislación se halla clasificada por tema, constituyendo cada uno capítulo aparte.

c) Los textos aparecen concordados, y los fundamentales, anotados con la doctrina contenida por la jurisprudencia —especialmente la plenaria— de la Capital Federal.

d) El Cap. III (El Descanso en el Derecho del Trabajo), al igual que el Cap. IV (El Salario), y el Cap. IX (Contrato Individual de Trabajo), va precedido de un "Esquema integral" de la materia, que sistematiza las diversas disposiciones legales —con alguna incursión doctrinaria— de manera breve y a la vez, precisa.

e) Los textos derogados figuran en notas al pie, habiéndose incorporado al texto principal, las reformas hechas.

f) El libro va precedido de un índice temático, y cierra con un índice alfabético por materias.

Si bien la edición presenta diversos errores de imprenta en su composición —y nos hubiera complacido la brillantez de su estética— éstos son de poca importancia. En lo que hemos revisado, los textos legales han sido fielmente reproducidos (salvo lamentables excepciones), lo que implica una superación respecto de los repertorios similares que hasta ahora circulaban, y que motivaban el justo recelo del lector.

En conclusión, recomendamos este libro a los profesionales y estudiantes, por actual, completo, correcto y útil.

TRÓFIMO MEGALEARY

Al reglamentarse, a fines de mayo pasado, la ley 14.821, ha quedado completo el ordenamiento a que se sujetan legalmente las locaciones urbanas. Con tal motivo, oportunamente propicia la ocasión para comentar el trabajo del epígrafe. En primer lugar, porque el esfuerzo realizado merece divulgación y, en segundo término, porque del análisis de la reglamentación surgen nitidas algunas aciertos interpretativos por parte de los autores que ponen de manifiesto la seriedad de la labor cumplida.

Ya —tal como lo expresan en la Advertencia Preliminar— en oportunidad de la aparición del Decreto 2186/57 (por error de imprenta en los 1955), Grifi y López Méndez habían abordado el tema; pero ahora, enriquecida su experiencia y a la luz de nuevos textos legales y fallos judiciales, la que ceñidamente adquiere ribetes de obra que merece ser consultada.

Luego de poner de manifiesto su conformidad con el texto de la ley, tanto por constituir un "retroceso en la progresiva liberación de los contratos de la tutela estatal", como "por dilatar para un futuro no cercano la solución definitiva del problema de la vivienda", crítica la confusa redacción y veticiosa "posibles modificaciones".

Entrando a considerar la obra propiamente dicha, comencemos por señalar

que el método —análisis de las disposiciones de la ley, artículo por artículo— es seguido fielmente en todos los casos, excepto en el del artículo 28, cuya intención entre los incisos b) y c) del artículo 27 pudiera quizá objetarse. Primero texto del artículo, luego antecedente del mismo, después el comentario de los autores y, por último, transcripción de la jurisprudencia relacionada con aquél. A continuación, en un capítulo se resume la legislación dictada en los últimos tiempos referente a la materia y se incluyen fallos de casos en los cuales los tribunales aplicaron las diversas leyes o decretos. Más adelante, en sendos capítulos y apoyándose casi siempre en sentencias, se refieren a consignación de alquileres, divorcio, expropiación, interdictos, propiedad horizontal, quiebra y usurpación en sus planteos conexos con la locación. Finaliza el libro con la clásica referencia bibliográfica, un índice alfabético sumamente útil, un índice de legislación y, por fin, el índice general.

Al trabajo de Víctor P. de Zavalia —Editor—, sólo le podemos imputar la pequeña gaffe señalada al principio. El tipo de imprenta utilizado constituye una invitación a la lectura del libro.

Para los autores y editor, nuestros plácemes.

José Bonaccio HASTON

Romanos M. SALVAT, Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales (Tomo III, 373 págs.), 4ª edición, Ed. "TEA". Buenos Aires, 1959.

Es realmente plausible constatar la aparición, una vez más —la cuarta—, del tratado de *Derechos Reales* del gran expositor del Derecho Civil argentino. Felizmente superada la deficiente actualización con que hace una década vieron

la luz los tomos I y II de la obra, TEA ha iniciado nuevamente, con el tomo III, la publicación completa de la misma (a él seguirá el IV, el I y finalmente el II). A un prestigioso jurista y reglador: Manuel J. Argüelles, Ministro

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el gobierno de la Revolución Libertadora, ha sido confiada sobre la tarea de actualizarla y completarla.

Es ya por demás conocida, en sí misma, esta parte del Tratado de Salvo. Por ello, indudablemente, poco es lo que podemos agregar sobre el presente tomo III, salvo referirnos, dentro de la contectura del libro, a las innovaciones que comporta la labor del Actualizador.

El volumen objeto de esta nota comprende la tercera, cuarta y quinta partes de *Derivados Reales*. La tercera parte se halla referida al condominio y división, luego de una breve introducción, en sendos capítulos sobre: 1) el condominio sin división forzosa (aquí el Autor trata la institución en general; las facultades, obligaciones y responsabilidades de los copropietarios, la administración de la cosa común y la acción de la copropiedad); 2) el condominio con división forzosa (el Autor habla del condominio de accesorios de dos o más heredades, del condominio de muros, cercos y fences, y algunos casos especiales también de origen legal: la postergación de la indivisión por ser madre, el lote de hogar (ley 10.284) y los aparceros; y 3) el condominio por computación de bienes (en este capítulo el Autor estudia la acción de división y la ejecución del mismo: formas de proceder a él, efectos, gastos, etc.). La tarea del Actualizador se perfila en diversos párrafos: completa, ante todo, la exposición de las teorías sobre la naturaleza jurídica del condominio, siguiendo bastante a la doctrina italiana (especialmente a Stoffi, a quien, por otra parte, cita en múltiples notas del volumen); trata, luego, de la interpretación del concepto de "innovación material" (que al art. 2981 prohíbe a los copropietarios efectuar), para hacerlo también con el de la naturaleza de la obligación de los

condominios en las cargas reales (art. 2689), donde niega (contra la opinión de Salvo) el carácter solidario de la misma, sosteniendo, en cambio, la aplicación de los principios de la indivisibilidad (máxime en el caso de hipoteca, art. 3112). Entre los modos de extinción de la copropiedad agrega el Actualizador la prescripción trienal, determinándose posteriormente a precisar la noción atributiva de la división de la cosa común, frente al efecto exclusivamente declarativo de ella expuesto por Salvo. En el capítulo correspondiente al condominio con indivisión forzosa, el Actualizador incluye, respecto de la indivisión de bienes hereditarios, las innovaciones que surgen del régimen de la ley 14.394, haciendo después referencia a varias cuestiones particulares del sistema de madrería en las ciudades. En la sección destinada a los casos especiales de indivisión forzosa de origen legal, el Actualizador menciona el condominio en la ley 13.512, determinándose brevemente a considerar la institución "bien de familia" establecido por la ley 14.394, y finalizando con un perfilo análisis de la naturaleza jurídica, carácter de la cosa común, etc. de los aparceros.

La cuarta parte trata de las desmembraciones de la propiedad; en ella el Autor, luego de una remota parte general, estudia, en sucesivos capítulos, el usufructo, el uso y la habitación, las servidumbres reales y las desmembraciones y cargas reales supraterrénas. Aquí Argüelles hace una enumeración de los caracteres comunes de las servidumbres personales y reales, para luego analizar, dentro de los casos de usufructo de fuente legal, la discutida naturaleza jurídica del derecho de uso y goce que el cónyuge viudo que contrae segundas nupcias (bienes) conserva sobre los bienes sujetos a reserva para los hijos de su primer matrimonio (art. 2816 del C. Civil y art. 115 de la ley de matrimonio civil);

más adelante señala la necesaria distinción entre el usufructo de bonanzas y la venta de bonanzas, mientras que en el capítulo referente a las servidumbres reales añade varios caracteres de las mismas, a los ya mencionados por Salvat. Finalmente, en el capítulo de las demoliciones y cargas reales suprimidas, el Actualizador habla sobre la naturaleza jurídica de la enfiteusis y los derechos y obligaciones emergentes de la misma, concretando mínimamente la función del derecho de superficie en la legislación comparada.

La quinta y última parte del tomo III comprende el estudio de las acciones reales (subdividido, lógicamente, en tres capítulos: reivindicación, confesoria y negatoria). No es mucho lo que en esta parte Arguñarís amplía; sólo podemos destacar una referencia a la reivindicación por el condonante de la totalidad de la cosa común detenida sin derecho por un tercero, como también a la evolución doctrinaria de la acción negatoria. Es que la construcción de Salvat, difícilmente perfectible en lo que respecta de estas complejas instituciones, en poco podía ser adicionada; cabe lamen-

tar, sin embargo, que se hayan omitido las opiniones de autores como Guillermo L. Allende, sobre el ámbito de aplicación de las acciones reales, las que mucho han influido en la clarificación de dichos tipos.

Dentro de la misma síntesis que sobre la labor de Arguñarís hemos procurado trazar, es menester destacar que éste ha incluido numerosas citas de doctrina nacional (predominantemente Saguier y Lafaille), del Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936, así como múltiples anotaciones a lo largo de los 940 párrafos de Salvat que componen el volumen. Si, con todo, dicha labor no reviste una gran extensión, ello quizás se explica por la índole de las temas contenidos en este tomo, los que, en la forma como Salvat los explicara, nada han perdido aún hoy de su vigencia.

Excelente la edición de TEA, cabe esperar la publicación de los restantes tomos en el curso del corriente año, para que ello sirva al mismo tiempo de homenaje a la memoria del maestro Salvat, al cumplirse precisamente veinte años de su desaparición.

FRANCO A. HOWARTH

ENRIQUE J. URA, *El delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

Sancionada en 1950 la ley 13.944 que introdujo por vez primera en nuestro derecho positivo la figura delictiva de incumplimiento de los deberes asistenciales de familia, y transcurridos ya diez años desde entonces, no es muy profusa la bibliografía que a su respecto se ha formado. Por esa razón, cuando advertimos en una de nuestras diarias páginas por los estantes y escaparates de las librerías, esta segunda edición actualizada de la monografía del Dr. Ura, no vacilamos un solo momento en adquirirla y ponernos a recorrer con interés sus páginas.

El opúsculo comentado comienza con un primer párrafo dedicado a expresar la opinión del autor en sentido favorable a la incriminación de esta conducta omisiva, rebatíndose con breves, pero convincentes argumentos, pareceres contrarios vertidos en el seno de nuestro Parlamento en oportunidad de discutirse el respectivo proyecto de ley. También aparecen combatidas posiciones similares sustentadas por autores de la Escuela comunitaria y por el ex profesor de la Universidad madrileña Dr. López-Roy y Arcejo.

La legislación comparada trata luego la acción del autor y de su examen surge una tripartita clasificación; a) sistema franco-belga o indirecto, b) italiano o directo y c) polaco o mixto. Por otra parte, la legislación puede adoptar una una posición realista o idealista. Será realista si sólo atiende al aspecto económico, desinteresándose (prácticamente hablando) de los problemas que el abandono moral produce. Esta última posición, afirma acertadamente el autor, conduciría por vía indirecta a incriminar conductas hoy penalmente impunes en nuestro país, por ejemplo el incesto. En cuanto a la primera clasificación, obvia al derecho argentino entre aquellos que siguen el sistema directo, es decir que no le menester sentencia del juez civil condenando al pago de alimentos para la procedencia de la acción penal por incumplimiento de los deberes asistenciales.

Entra luego el autor a analizar la figura delictiva del derecho argentino, afirmando que por "medios indispensables para la subsistencia" debe entenderse los alimentos mínimos para que una persona pueda atender a su mantención; advirtiéndole también que la obligación tiene un alcance más restringido que en la ley civil, ya que no se tienen en cuenta en materia penal ni los hábitos del necesitado ni su condición social. Concluye este parágrafo sobre los presupuestos del elemento material del delito diciendo que es menester que concurren: a) vínculo parental, legal o de hecho, b) omisión de suministrar los medios indispensables de vida, c) estado de necesidad en el sujeto pasivo.

En el apartágrafo siguiente el autor desarrolla el tema de los sujetos del delito, destacando que el elenco de sujetos activos en nuestra legislación es más extenso que el de la mayor parte de las

derechos extranjeros. Advierte asimismo el Dr. Uze que el delito sólo comprende la forma dolosa y que por lo tanto sería innecesario la conducta de quien por negligencia o imprudencia omita la prestación de asistencia.

Se pregunta al autor al tratar el tema de la culpabilidad si cesa o no el deber de prestación de alimentos en caso de que el titular del derecho haya cometido un grave atentado contra el obligado. Su respuesta nos dice que "no es exigible la prestación en los casos en que la ley priva de todo derecho a los bienes del obligado, como son los de indignidad para suceder de los arts. 3291, 3293 y 3295 del C. C.", solución que según el autor surge clara ante el texto del art. 373 del C. C. Sin embargo, cabe destacar que el artículo 373 del Cód. Civ., solamente hace referencia a las causas de inhabilitación que son más reducidas que las de indignidad, por lo tanto creemos que no en todos los casos de indignidad (ni siquiera en todos los mencionados por el autor), cesa la obligación alimentaria.

Califica luego el autor al delito en examen como de peligro, de omisión y permanente. Es permanente dice, porque "el momento consumativo se prolonga mientras la prestación no se efectúa", aunque, siendo un delito de pura omisión, "el primer acto que extingue la intención es bastante para reputarlo consumativo".

Los últimos párrafos de la monografía están dedicados a los problemas de tentativa, de concurso, titularidad de la acción penal, prescripción, acción y competencia jurisdiccional.

Finaliza el autor insertando un apéndice en el que se analizan algunos casos de jurisprudencia nacional y se reproduce el texto de numerosas legislaciones

extranjeras, de cuyo examen comparativo podrían surgir interesantes conclusiones.

Terminamos la lectura del opúsculo y

adquirimos, mientras repasamos brevemente su contenido, la convicción de haber leído un trabajo útil e interesante.

CARLOS A. R. LAZZAROTTO

Ray José D., *Curso de Promoción por concepto Derecho de Navegación*. Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales (F. U. B. A.), Ed. Perrot, Buenos Aires, 1958.

Muchos son los signos que parecen dar relieve una cada vez más rápida recuperación de la jerarquía intelectual, didáctica y científica de nuestra Universidad, y con ella de nuestra Facultad.

Es verdad que como organismo vivo que es, y en la tentativa de sus clases de transformarse reconstruyendo con estructuras e intereses que útiles en su tiempo han sufrido un proceso de degeneración o simplemente han dejado de tener razón de ser, entre los embates de los graves problemas económicos y sociales que suceden al país antes de que forme parte y en el cual tiene que actuar, tal es la de los pequeños o grandes intereses afectados.

Aquellas cosas son las que dan la tónica de una dirección y los que nos dan confianza en que la Universidad avanza para ponerse al servicio de la comunidad argentina en un afán de superación.

Una de esas cosas es la actividad didáctica que refleja el opúsculo que motiva estas líneas. La aparente modestia del mismo y de ese símbolo de un quehacer positivo no le quita importancia.

Cuando en medio de todas las dificultades que conocemos, de todas aquellas raras que apenas advirtamos, frente a la fuerza de la inercia, profesores y alumnos se encuentran en una experiencia como la que nos relata el profesor Ray, experiencia que en el mismo sentido o en otro similar seguimos muchos profesores y cada vez más alumnos, los signos de salud universitaria aparecen rápidamente.

El profesor Ray, comenzó en nuestra Facultad de Derecho un tipo de promoción —el de exámenes parciales escritos— en el que se involucra una tarea dialéctica y un estudio a lo largo de un período, rompiendo esa cadena de exámenes mensuales, absurdo didáctico producto de un período demagógico e irresponsable en la enseñanza.

Varios años los profesores que hemos seguido su ejemplo y el resultado demuestra que los alumnos abandonan el fácil camino de la improvisación que alienta el examen mensual para someterse a un esfuerzo sistemático a veces muy duro, ante la evidencia que el premio es un aprendizaje serio de la materia.

El profesor Ray no se ha contentado con haber iniciado aquella experiencia —transformada hoy ya en un método— sino que adoptó otra que podría las sales en un sistema ya incorporado a la enseñanza universitaria —que iniciaron los profesores Amadeo L. Gioja y Enrique Díaz de Guájaro.

El trabajo del epígrafe es precisamente la noticia sobre las características de un curso tipo lleno de sugerencias y de resultados extraordinariamente alentadores.

Lo apretado de los informes del profesor Ray no permite una extensa y preferente hacer estas consideraciones generales para invitar a su lectura que está llena de sugerencias. Si, queremos decir que en el trabajo se agrega a los

informes y reflexiones del Director del curso, una bibliografía accesible para el estudio de cada punto del Derecho de la Navegación y un método castrense en los puntos básicos cuyo conocimiento es indispensable para quien cursa esa disciplina.

La publicación termina con una serie de trabajos hechos por los alumnos Luis Montiel, Gustavo E. Ferrari, Eduardo F.

Analdó, Orvaldo F. Costales, José A. Vidal Díaz, que demuestran en sus trabajos, no sólo el integral aprovechamiento de las clases impartidas bajo la dirección del profesor Fay con el sistema de que se da cuenta, sino que los últimos años pasados en esta Facultad ha formado cabalmente en nuestras disciplinas a estos jóvenes e incipientes abogados.

I. W.

ESTE VOLUMEN SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL DÍA 29 DE SEPTIEMBRE DE 1969 EN LOS
TALLERES GRÁFICOS "OPTIMUS" S.R.L.
VALENTÍN GÓMEZ 2758 — BUENOS AIRES

Dirección y Administración: DEPARTAMENTO
DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2263.
BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA

Precio del ejemplar \$ 15.—