

# lecciones Y ENSAYOS

27



Como se podía ver de otra manera, nuestra primera preocupación al al asumir la Dirección de Publicaciones de esta Facultad, fue la intercomunicación entre profesores y alumnos.

Resalta la publicación de la REVISTA JURIDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin realizarse una vinculación respecto a la labor científica del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se comunicaran 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 concuerda mediante una publicación periódica a cumplir las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a sumarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que se pase por la Facultad sea un momento estéril y sentir opiniones, marcadas sólo por sus propios problemas.

Estas razones nos llevaron a crear LECCIONES Y ENSAYOS. 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 entregas a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abarcándoles el presupuesto suficiente de cubrir gastos.

LECCIONES Y ENSAYOS en manos de los alumnos —escritores más, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos en la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

Ignacio Wlosky  
(LECCIONES Y ENSAYOS. No 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Marco Aurelio Risolia

VICEDECANO

Dr. Israel Basaldúa (h.)

CONSEJO DIRECTIVO

*Profesores*

Consejeros titulares: Dr. Segundo V. Linaces Quirrana, Dr. Julio Dassen,  
Dr. Miguel Marienhoff, Dr. Manuel M. Díez, Dr. Alberto G. Padilla,  
Dr. Aquiles Horacio Guaglianone, Dr. Federico Videla Escalada

Consejeros suplentes: Dr. Ernesto C. Hermida, Dr. José D. Ray, Dr. Hugo  
Caminos, Dr. Jorge Tristán Bosch, Dr. Francisco P. Laplaza, Dr. Mauricio  
A. Ortolenghi, Dr. Omar Lima Quirrana y Dr. Juan Carlos Luqui

*Egresados*

Consejeros titulares: Dr. Enrique Bacigalupo, Dr. Marcelo A. Londa,  
Dr. Jorge A. Bacqué, Dr. Antonio Domingo Varela

*Estudiantes*

Consejeros titulares: Sr. Jorge Horacio Tesse, Sr. Hugo Daniel Lapitover,  
Sr. Gerardo Raúl Tarasuto, Sr. Martín Dedev

Consejeros suplentes: Sr. David Eidelman, Sr. Juan Mario Gersencobitz,  
Sr. José Alberto Bellingen, Sra. Alicia Baumgartner

# LECCIONES Y ENSAYOS

1964

Nº 27

## ESTUDIOS

FEDERICO N. VIDELA ESCALADA: Apuntes para una teoría del contrato .....	7
CARLOS A. AYARRAGARAY: La congruencia en la ejecución de sentencia .....	29
JORGE RODRIGUEZ MANCINI: Algunos aspectos de la evolución de la Renta Nacional .....	47

## ENSAYOS

ENRIQUE OSCAR SOLER: Esquema jurídico de la nulidad procesal .....	59
JUAN EDUARDO ADRIGUE: Conexiones de servicios públicos. Su importancia actual .....	79
NESTOR ALBERTO VICENTE: Regímenes de excepción de la ley 4349 .....	89
JORGE LUIS CAMPOBASSI: Las ideas políticas de Alberdi ..	97

## TRABAJO PRACTICO

LUIS ALBERTO FLORES VEGA: Plano y condición .....	107
---	-----

## JURISPRUDENCIA

BEATRIZ A. AREAN y JORGE M. ROEMISER: Fallos de Derechos Reales, mencionados en el Programa de la Cátedra .....	127
---	-----

## LIBROS Y REVISTAS

Notas de RAUL ARAGON, MARIO DE MARCO NADON, SANTIAGO PIATAGORSKI y JORGE LUIS CAMPOBASSI .....	137
--	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

*Doctor Ignacio Wislisky*

CONSEJO DE PROFESORES

Guillermo L. Allende, Carlos S. Faye y Luis Jiménez de Arúa

CONSEJO DE REDACCION

*Director:* Ricardo R. Balestra

*Subdirector:* Martín Luis Erdosain

*Secretario de Redacción:*

Jorge Luis Orta

*Secretarios Adjuntos:* Rolando A. Williams y Beatriz A. Arúa

*Redactoras:* Elena M. Campanella, Jorge Manuel Bolmiser, Lilia Germano  
Bogliano, Martín Recondo, Pedro Pereyra Cenzada, Jorge Luis Campobassi,  
Guillermo P. Martín

*Secretario Coordinador:* Mario R. De Marco Naón

## ESTUDIOS



## APUNTES PARA UNA NOCIÓN DEL CONTRATO

POR FEDERICO N. VIDELA ESCALADA

### 1 — Planteo del Tema

Cerca de un siglo ha transcurrido desde la sanción de nuestro Código Civil y, no obstante la trascendencia del tema, el carácter de figura central del derecho privado asumido por la convención y la calidad de numerosos comentaristas y juristas que han analizado el problema, no se ha alcanzado una interpretación uniforme sobre el concepto del contrato adoptado en la obra de Vélez Sársfield.

Sorprende que así sea, sobre todo si se reflexiona sobre la circunstancia de haberse optado, en la redacción del Código, por la inclusión de definiciones, sistema que, pese a todas las objeciones que pueda menoscabar desde el punto de vista de una depurada técnica legislativa, contribuye ordinariamente a evitar dudas en cuanto al concepto doctrinario de las figuras contempladas.

También respecto al contrato, existe una definición, la contenida en el artículo 1137, objeto de numerosos comentarios y de no pocas críticas, agravadas por la circunstancia de desprenderse las primeras objeciones de la nota puesta por Vélez al pie de esa disposición legal.

Quizás pueda encontrarse allí el germen de las vacilaciones y las discrepancias anotadas entre los autores argentinos, pero es justo destacar que tampoco existe uniformidad en el concepto puramente doctrinario en el ámbito del derecho comparado.

También en este campo, se aprecian diferencias substanciales relacionadas fundamentalmente con el contenido del concepto, que oscila entre límites muy variados y reviste, por consiguiente, amplitud cambiante.

Sería pretensión injustificada pretender, por ello, encontrar una solución satisfactoria a la incógnita planteada por el tema, pero ha parecido oportuno retomarlo, una vez más, para formular a su respecto algunas reflexiones que puedan contribuir a ordenar la cuestión y facilitar su estudio.

En razón de lo señalado sobre las discrepancias doctrinarias, parece conveniente comenzar por una enumeración de las diversas posiciones adoptadas por algunos autores y legislaciones significativas y poner de relieve, a continuación, los aspectos coincidentes o uniformes y los diferentes, para, tras haber optado por una posición, contemplar si cabe en las disposiciones del Código Civil.

En esta última parte, deberá tenerse en cuenta un principio básico en materia hermenéutica, que sostiene la necesidad de evitar las interpretaciones de textos mediante su consideración aislada, para analizarlos como partes de un todo integral.

Ello exige tomar en cuenta, como elemento preponderante, el artículo 1137, pero también su complementación con otras disposiciones del Código relacionadas con el problema planteado.

## 2 — Diversas nociones del contrato

Sin pretender agotar las acepciones dadas a la expresión contrato ni la gama de definiciones de esta figura jurídica, pueden mencionarse algunas que resultan significativas.

Todas ellas parten de una base común, la consideración del contrato como un acuerdo, es decir, como un acto jurídico bilateral. Algunos autores, como Atiyah, prefieren referirse a la existencia de una promesa o un conjunto de promesas para cuyo incumplimiento la ley provee un remedio, por reconocerlas como obligatorias.

Esta prescindencia de la mención del acuerdo no parece recomendable pues deja de lado un aspecto esencial y definitorio, razón que lleva a optar por los conceptos clásicos, que ubican al contrato dentro del género convencional.

En la enumeración que sigue, se ordena a las definiciones según su contenido creciente, comenzando por la más ceñida, la del Código Napoleón y sus intérpretes, hasta la más amplia, que excede los límites del derecho privado, para extenderse hasta el ámbito internacional.

En primer término, pues, corresponde recordar la tesis que ubica al contrato como la convención destinada a engendrar derechos creditorios, vale decir que únicamente incluye a los actos jurídicos bilaterales que son fuente de obligaciones.

Sin exceder el campo de los derechos creditorios, se ha extendido algo el concepto para aquellos autores que comprenden en él a los actos destinados a transferir y extinguir obligaciones.

Un paso más adelante significa la inclusión de todos los actos bilaterales patrimoniales, que agrega la creación, transferencia y extinción de derechos reales e intelectuales, sostenida, en general, por los juristas italianos, conforme a una corriente reflejada ya en la definición del Código de 1865 y seguida también por el de 1942.

Las expresiones de nuestro artículo 1137 son más amplias todavía, ya que, aun dentro del ámbito del derecho privado, introducen dentro del concepto a todos los acuerdos en que las partes proceden "a regular sus derechos", con lo cual debería calificarse como contrato al matrimonio —conforme al clásico pensamiento de la legislación canónica— o a la adopción, en algunos supuestos.

Si bien aquí parece detenerse la posibilidad de seguir adelante para no superar el ámbito privado en que, tradicionalmente, ha funcionado el contrato, autores tan prestigiosos como Savigny han avanzado más aun y pueden señalarse diversos pasos antes de llegar a la posición extrema.

Aunque haya perdido vigencia la clásica distinción entre derecho público y privado, puede ser útil mencionarla aquí, con la precisión imprescindible respecto al significado asignado a ambas expresiones.

Se ubica como disciplinas de derecho público a aquellas que regulan las relaciones jurídicas de los Estados, como personas en ejercicio de poder público, entre sí o con organismos supranacionales o con particulares.

En consideración a su intervención, caben varias otras definiciones del contrato.

La de menor amplitud admite a las convenciones del Derecho Administrativo, entre las cuales aun habría señalar una gama bastante variada, pero en las cuales, como rasgo común, se encuentra la presencia del órgano que detenta la autoridad pública.

Como ejemplo que cabría dentro de esta división, podría mencionarse a las locaciones de cosas que se encuentran fuera del comercio, expresamente admitidas por el Código Civil, en su artículo 1501.

Una posición aun más amplia aceptaría la inclusión de las Constituciones y los pactos federales, posición vinculada con la clásica tesis contractualista, cuyas dos corrientes principales culminaron en las obras de Rousseau y del Padre Suárez.

Por fin, la definición de Savigny, incluida en el *Sistema de Derecho Romano Actual*, particularmente interesante en este caso por haber sido fuente de la dada por Vélez en el artículo 1137 del Código, se extiende hasta comprender en sus términos aun a los tratados internacionales.

Es conveniente recordar estas diversas posiciones por cuanto ellas explican, con más elocuencia que cualquier exposición erudita, las dificultades insitas en la labor de quien debe optar por una de ellas, al realizar una obra legislativa.

Si desde el punto de vista doctrinario, las definiciones son, como bien lo ha señalado Corbin, útiles instrumentos de trabajo, no hay duda

que, al optar por un concepto con relevancia en la legislación positiva, se influye sobre los efectos y consecuencias de todas las figuras y situaciones regidas por aquel concepto general.

De ahí la responsabilidad de la opción ejercida por el legislador o codificador.

### 3 — Aspectos uniformes y variables

La comparación de los diversos conceptos enunciados permite apreciar la presencia de algunos aspectos coincidentes en todos ellos, calificables como uniformes, y de otros elementos cambiantes que, naturalmente, determinan las diferencias, más o menos considerables, que los separan.

Una rápida síntesis permite anotar como elementos uniformes la necesidad de cosas o otras patres o cosas de voluntad; la acción entre ellas; la ubicación dentro del ámbito jurídico; el reflejo de los efectos, básicamente, sobre la esfera de los sujetos de la relación jurídica y la aptitud para la creación de derechos creditorios.

Por el contrario, aparecen como variables la amplitud de las consecuencias jurídicas posibles del acto y su ámbito de aplicación.

Las primeras características uniformes se centran en la voluntad y la licitud y, al combinarse con el efecto jurídico, determinado por el campo de acción, ubican al contrato dentro del marco más amplio de los actos jurídicos.

Esta primera ubicación permite prescindir de un cúmulo de explicaciones y puntualizaciones, ya que, automáticamente, entran en consideración todas las características de los actos jurídicos, por la simple aplicación de la antigua regla lógica según la cual conviene a la parte lo que conviene al todo.

En el Código Civil, esta primera aproximación adquiere clara eficacia a través de las diversas remisiones contenidas en la sección destinada a regular a los contratos y referidas a la inmediata anterior, que trata de los hechos y actos jurídicos.

Hasta puede señalarse que alguna disposición, incluida con relación a una figura contractual en particular, ha servido para corregir expresiones erróneas, como la referente a la ya mencionada locación de cosas que está fuera del comercio, frente a la equivocada redacción del artículo 953, que proscribía, de acuerdo a sus términos textuales, a tal categoría de bienes del ámbito mucho más amplio de los actos jurídicos en general.

Tanto el requisito de la licitud, como la exigencia de la voluntad, rigen en los contratos por su carácter de actos jurídicos, con las mismas cualidades y consecuencias que en éstos.

En los contratos, la voluntad aparece relacionada con el consentimiento y la licitud con la finalidad, dentro del marco de los elementos esenciales.

Respecto al primero, conviene tenerlo en cuenta al comentar la bilateralidad del acto, mientras que el segundo obliga a alguna puntualización, para evitar equívocos, fáciles de producirse frente al espinoso tema de la causa.

Para los autores anticausalistas, la licitud debe ser tenida en cuenta en relación al objeto, posición que parece apoyada en el Código por las repetidas referencias al "objeto lícito" (caso del artículo 1655 en materia de sociedad, por ejemplo) y la proscripción de los hechos ilícitos del campo del objeto de los actos jurídicos, determinada por el artículo 953.

Parece más conveniente, para aclarar conceptos, reservar la denominación del objeto para los bienes o los hechos que constituyen en materia del contrato y ubicar la finalidad como elemento decisivo para juzgar de la licitud o ilicitud del acto.

Esta tesis tiene como fundamento que, aun los hechos, son lícitos o ilícitos según la finalidad que los inspire: por ejemplo, la redacción del estatuto de una sociedad anónima por parte de un abogado constituye una locación de obra normal, pero se convierte en el acto de causa ilícita si la finalidad de la obra fuera la explotación del contrabando u otra industria prohibida.

Debe descartarse, por otra parte, que la finalidad (o causa en la terminología corriente y equívoca) constituye, por la misma razón enunciada, un elemento esencial de todo acto jurídico y no exclusivamente de los contratos.

En ese aspecto, aparece, asimismo, relacionada con la voluntad, por aquello que señalaba Ihering del absurdo que significaría la existencia de un acto voluntario humano privado de finalidad.

La bilateralidad, por su parte, aparece como un carácter esencial del contrato que deriva de su calidad de acuerdo.

En la terminología habitual, se designa con el nombre de convención a todo acuerdo entre dos o más personas; una subsiguiente precisión y calificación reduce al ámbito, al agregar notas distintivas y, así, se puede hablar de convención jurídica cuando su materia cabe en el campo del derecho y, en una segunda etapa, las diversas definiciones observadas señalan discrepancias en cuanto a la ubicación del contrato, como análogo a la convención jurídica o como una especie dentro de ese género.

De cualquier manera, cabe señalar, dentro de los aspectos uniformes a la bilateralidad y el contenido jurídico, con importantes consecuencias.

Si la voluntad debe ser tenida en consideración en todo acto jurídico, en los bilaterales su presencia es necesaria, lógicamente, en cada uno de los sujetos del acto, lo cual obliga a tomar en consideración no sólo las cualidades personales de cada una de las personas aisladamente, sino la respectiva situación de cada una de ellas en relación con la otra.

En algunos momentos, esto no fue tenido en cuenta y los resultados fueron deplorables ya que se desvirtuó la institución contractual en un aspecto medular.

Se hace necesario por razón de la bilateralidad y en salvaguarda de las voluntades de los diversos contratantes elementos esenciales para la formación del acto una cierta paridad entre ellos: la excesiva desigualdad afecta la libertad y por ende priva a la voluntad jurídica de uno de sus componentes imprescindibles (discernimiento, intención y libertad según el artículo 900 del Código Civil).

Este aspecto ha quedado silenciado ordinariamente en la explicación de la noción del contrato quizás por considerarse innecesaria su mención expresa y darlo por sobreentendido y quizás por un excesivo apego a los textos y un exagerado optimismo en cuanto a su eficacia.

Una de las grandes conquistas de la época contemporánea concretada en la legislación inspirada por la Revolución Francesa es el reconocimiento de la igualdad ante la ley; se pudo pensar como simple consecuencia de este principio, que, si todos eran iguales, no había la disparidad entre quienes acordaban una convención.

Sin embargo, la sola igualdad jurídica no garantiza el equilibrio entre las partes ni asegura sus respectivas libertades ni, por ende, el valor de sus voluntades jurídicas: hay circunstancias de ubicación en la sociedad y desigualdades económicas que pueden afectarlas profundamente.

En el primer sentido, no está en plena paridad, con su contraparte, el particular que contrata con el Estado, en su carácter de titular del poder público; en el segundo, tampoco lo están el dador de trabajo y el empleado, en momentos de gran desocupación.

En virtud de estas circunstancias, se puede anticipar la exclusión del ámbito del contrato de aquellas convenciones acordadas por el Estado, como persona de derecho público y la consiguiente eliminación de algunas de las posiciones doctrinarias antes enunciadas.

Asimismo, cabe alguna reflexión respecto a la necesidad de admitir cierta intervención estatal y de asociaciones que agrupan a la parte débil de las convenciones, a efectos de lograr el equilibrio mínimo necesario para que pueda funcionar debidamente la institución contractual.

Por no haberse tenido en cuenta esta exigencia impuesta por la bilateralidad, se produjeron las conocidas injusticias de la época del pauperismo, que coincidió con la sanción del Código Napoleón, la legislación positiva que más sublimó al contrato.

Puede reiterarse, por ende, que el consentimiento requiere la voluntad de dos o más partes y que cada una de ellas debe cumplir las respectivas exigencias para que el acto tenga perfecta vigencia y validez.

Los aspectos uniformes analizados hasta ahora permiten, ya ubicar con precisión la naturaleza jurídica del contrato: se trata de un acto jurídico bilateral, de acuerdo al concepto dado por el Código en sus artículos 944 y 946, sujeto por tanto, al régimen establecido en la Sección Segunda del Libro Segundo.

Existe también conformidad entre los autores respecto a que las partes del contrato son los destinatarios directos de sus consecuencias jurídicas, principio enunciado, generalmente, con la denominación de efecto relativo de los contratos y que podría extenderse, también, al ámbito más amplio de los actos jurídicos en general.

La diversa posición que se admita respecto a la aptitud del contrato para producir otras consecuencias que engendrar derechos crediticios ha de significar substanciales diferencias en cuanto a la extensión que debe darse al referido principio, pero es uniforme la aceptación de la vigencia de su aspecto modular.

Aun admitiendo plenamente la validez de los contratos a favor de terceros, que implican el nacimiento de un derecho para alguien que no fue parte en el acto, debe reconocerse que existe un legítimo interés para el estipulante, demostrado por la circunstancia misma de haber contratado.

Ordinariamente, tal tesis es acompañada por la posición que sólo requiere en el objeto de la convención la presencia de un interés digno de protección, sin que sea necesario que aquél represente en sí mismo un valor patrimonialmente apreciable.

De tal manera, ese interés del estipulante basta para justificar la aparente excepción referida al efecto relativo.

Hay otro aspecto relacionado con este mismo tema en que existe uniformidad en la doctrina: los contratos no pueden perjudicar a los terceros.

Es decir que, si para la posición adoptada por el Código Francés y sus comentaristas, si ser el contrato únicamente fuente de derechos creditorios, sus consecuencias, por las características de tales derechos, sólo pueden afectar a las partes, los defensores de las tesis más amplias, que admiten, por ejemplo, la aptitud de aquél para crear derechos reales, oponibles erga omnes, coinciden con aquéllos en ese mínimo indiscutible de aplicación del efecto relativo, que excluye todo perjuicio a quienes no fueron partes.

El comentario sobre este último tópico ha llevado, por natural derivación, a la consideración del último aspecto uniforme enumerado anteriormente: la amplitud del contrato para ser fuente de obligaciones.

Las discrepancias surgen con relación a los otros efectos posibles; nadie le niega la cualidad señalada.

Más aún, tanto en la enumeración clásica de las fuentes de las obligaciones como en la más amplia, enriquecida con los aportes de las doctrinas modernas, el contrato es la más común de las fuentes.

Todo lo relacionado con el más esencial de los temas referidos al contrato, su fuerza obligatoria, se hace presente aquí con sus discutidas implicancias.

Hasta por razones terminológicas, se relacionan los derechos creditorios con la eficacia de la voluntad para hacer nacer obligaciones a cargo de quien efectuó la pertinente promesa.

Por su naturaleza de derechos denominados relativos, es decir referidos únicamente a los sujetos, activo y pasivo, de la relación jurídica, los creditorios admiten una eficacia muy grande de la voluntad jurídica: en los derechos reales, en el régimen de familia, en la regulación de la transmisión de los bienes por causa de muerte, existen elementos de interés general que el Estado, como gestor del bien común, debe legislar más estrictamente.

No bastan las voluntades de dos personas para que puedan contraer matrimonio; no es suficiente que una persona prometa a otra que ha de instituirle como heredero, para que ésta pueda exigir el cumplimiento de tal oferta, aun cuando hubiese aceptado expresamente de la manera más formal; no pueden, por simple acuerdo, dos ciudadanos constituir un derecho real —como algunos de los conocidos en la época feudal— no admitido en la ley vigente, para que ese derecho sobre la cosa adquiera validez.

En cambio, en principio, toda promesa por la cual una persona asuma frente a otra una obligación de dar, de hacer o de no hacer, por afectar sólo a quien la formuló, tiene plena eficacia jurídica.

Precisamente, razones de orden público o motivos vinculados con la moral, por una parte, y, por otra, las exigencias de garantizar la presencia de una voluntad jurídica perfecta, han significado la exigencia de limitar, en determinadas situaciones, la fuerza obligatoria de la voluntad, pero es evidente que ésta tiene su ámbito más adecuado dentro del campo de los derechos crediticios, que una añeja tradición denominaba *personalia*.

No puede extrañar, por consiguiente, la coincidencia de las opiniones respecto a la aptitud del contrato para engendrarlos: si las dos o más voluntades que participan del acto reúnen todos los requisitos y no se violan preceptos básicos relacionados con la moral o el orden público, no cabe desconocer el valor jurígeno de la convención para obligar a quienes se comprometieron a dar, a hacer o a no hacer algo.

En esta posición concuerdan la corriente que funda en la ley la fuerza obligatoria del contrato (en nuestro derecho de lo establecido por el artículo 1197 del Código Civil) y la que sostiene que, por ser persona, el hombre debe cumplir aquello que ha prometido y que la ley se concreta a reconocer tal principio y fija sus justos límites.

La consideración de los aspectos uniformes permite alcanzar una base mínima respecto a la cual existe pleno acuerdo y que ubica al contrato, en el cuadro de las instituciones jurídicas, dentro del marco de los actos jurídicos bilaterales, patrimoniales, creadores de derechos crediticios.

Este concepto, el más restringido, significa ya, sin embargo, un régimen jurídico de notoria amplitud, como lo demuestra la importancia de la institución en el derecho francés que, precisamente, lo consagró.

Las notas variables, naturalmente, tienden a ampliar aún más su ámbito de vigencia.

#### 4 — Opción entre los aspectos variables

En los aspectos que varían, según las tesis admitidas por las distintas posiciones doctrinarias, puede efectuarse una división lógica y sencilla: algunos se vinculan con la presencia del Estado, como sujeto de la relación contractual, y otros con la virtualidad del contrato para producir efectos en el campo propio del denominado derecho privado, con el sentido que antes se dio a esta expresión.

En el primer caso, se escalonan los temas relativos a los contratos administrativos, a las constituciones y a los tratados internacionales;

en el segundo, los vinculados con la función del contrato en relación con la transmisión y extinción de derechos creditorios, con los derechos reales y con el régimen de la familia.

Todo lo referente al Estado, debe ser considerado en relación con las exigencias de la bilateralidad y la consiguiente garantía de la libertad de los diversos sujetos y del equilibrio mínimo requerido para asegurar su efectividad.

La disparidad entre las situaciones respectivas del Estado y de un particular en la celebración de un contrato introduce un factor de perturbación que desvirtúa la esencia misma del acto, argumento que resulta decisivo en el razonamiento de autores tan importantes como Messineo.

Por otra parte, debe reconocerse que tal desigualdad está ínsita en la médula de una relación en que el Estado actúa como poder público, ya que éste, por función en pro del bien común y la representación que inviste del interés general, e inclusive, el del otro contratante, no queda obligado en la misma manera que el simple ciudadano.

La protección de los justos derechos de los particulares requiere que se contemplen las indemnizaciones pertinentes para el caso de no cumplir el Estado las obligaciones asumidas en una convención que actúa en ejercicio del poder público, pero no cabría, por el contrario, ejecutar tales obligaciones en la manera ordinaria.

Este tipo de convenciones presenta, pues, características muy particulares, que afectan su eficacia y aconsejan dejarlas fuera del ámbito contractual, por razones de lógica jurídica: ante el defecto en materia de fuerza obligatoria, darían lugar a un régimen substancialmente distinto del normal, que desvirtuaría la base misma del contrato.

Es interesante recordar las expresiones textuales de Messineo: "... cuando el sujeto se halla dotado de potestad de imperio, de manera que pueda prescindir de la libre voluntad ajena y confiar de su propio poder para imponer a los demás un determinado comportamiento, o cuando el contenido de un determinado comportamiento está preestablecido, entonces no estamos ya en el ámbito del contrato sino en el acto administrativo".

Agrega, a continuación: "Esto lleva a excluir que haya contratos cuando el Estado (u otra administración pública), fuera de lo que podría ser su actividad como sujeto de carácter privado, entre en relaciones patrimoniales con un particular: lo cual implica el rechazo de la categoría del contrato de derecho público...".

El argumento es convincente: una convención, en que una de las partes no puede forzar a la otra al cumplimiento y únicamente puede

aspirar a una indemnización en caso de no haberse satisfecho sus legítimos derechos, no constituye un contrato.

Es conocida, sin embargo, la posición de Savigny.

Para el gran jurista alemán: "... pueden existir contratos en derecho internacional público, privado y en la esfera del derecho de propiedad respecto a sus diferentes instituciones".

El mencionar ejemplos referentes a este tema, expresa: "Las alianzas y tratados de paz, la sumisión de un Estado independiente a otro o en sentido inverso, la erección de una provincia en Estado independiente son contratos de derecho internacional".

Debe reconocerse que la probidad intelectual de Savigny lo llevó a señalar inmediatamente después de esta ejemplificación: "Los jurisconsultos romanos los llamaban publica conventio, cuidando no aplicarles las reglas ni las formas del derecho privado".

Aquí está la mejor argumentación en contra de la designación de estos actos como contratos: si se hace necesario aplicarles un régimen diferente del asignado a éstos, carece de utilidad y razonabilidad asimilarios y denominarlos en igual manera. Es quitar eficacia al instrumento de trabajo.

Conviene, por consiguiente, reservar la calificación de contrato para las convenciones en que no interviene el Estado en el ejercicio del poder público.

Con relación a los tratados internacionales, además de aparecer afectado, en alguna medida, el principio del efecto relativo, no se ha encontrado, aún, el procedimiento necesario para exigir, mediante la simple coacción jurídica, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un Estado.

Hay un progreso evidente en este sentido y generalmente, se afirma la toma de conciencia respecto a la ilicitud de una violación de un acuerdo internacional: es nocivo que, a esta altura de la civilización, quien incurre en una conducta de esta especie, se sienta forzado a justificarla e inventar una explicación, pues sabe que procede mal, pero este progreso, muy importante, es todavía de orden moral.

El perfeccionamiento de los organismos supranacionales, como la O. N. U., permite alentar la esperanza de una superación de estas dificultades, pero, en el momento actual, el problema sigue planteado e impone la separación del tratado internacional y el contrato.

Todavía puede agregarse algo más: aunque se superare la dificultad apuntada, la ejecución forzada de las obligaciones asumidas presentaría siempre graves obstáculos por la característica de gestos del

bien común y detentadores del poder público que revestirían los sujetos de la convención.

Las mismas razones señaladas al comienzo de este comentario reaparecen aquí con igual validez.

Quedaría por considerar, dentro del ámbito del derecho público, el caso de las convenciones en base a las cuales se habrían constituido los Estados, de acuerdo a la teoría contractualista.

Savigny, para quien, como se vio, el contrato tiene un contenido muy vasto, desecha expresamente la posibilidad de ubicar la creación de la sociedad política en un acto convencional y señala que el hombre nace ya dentro de una comunidad organizada, al igual que en el seno de una familia, sin que su voluntad tenga función alguna en la constitución de aquélla.

La observación parece exacta y constituye el resumen de los argumentos que, en la época, se oponían a la tesis contractualista especialmente en la versión roussoniana.

Es de notar, por otra parte, que el filósofo ginebrino consideró al contrato social como un acto virtual, no real; no pretendía que su formación hubiera tenido lugar en momento alguno de la historia de la humanidad, es decir que no aparecía como una verdadera convención jurídica sino como presupuesto racional cuya ventaja consistía en dar una explicación basada en la voluntad, en momentos en que el liberalismo creciente sólo admitía a la libertad como base legítima de cualquier creación de derechos o asunción de obligaciones.

Por su parte, en el punto de vista del Padre Suárez y los teólogos españoles, que hacían mérito del contrato político entre el monarca y sus súbditos, hay un claro planteo de oposición a la teoría del derecho divino de los reyes, que llevó al mencionado jesuita a una célebre polémica con el rey Jacobo II de Inglaterra, como consecuencia de la cual sus obras fueron quemadas públicamente, no sólo en la plaza de Londres, sino en el París de Luis XIV.

Era sumamente útil, en tal enfrentamiento, sostener que la autoridad se transmitía de Dios al pueblo y de éste al rey, haciendo jugar una convención bilateral, con la consiguiente aplicación de sus efectos propios, que, en virtud de los principios de la *exceptio non adimpleti contractus*, impedía al monarca exigir de sus súbditos la obediencia, si, a su vez, no cumplía él con sus propias obligaciones frente a aquéllos.

Basta recordar la fundamentación jurídica de la deposición del Virrey, en el Cabildo Abierto el 22 de mayo de 1810, para apreciar las consecuencias y la eficacia de la teoría del contrato político en la lucha por la libertad de los pueblos.

Pero, esto no significa admitir la existencia de un verdadero contrato: salvo en algunos casos medioevales, en que la autoridad nacia por el acuerdo de varios señores feudales y ciudades libres, no existen antecedentes de formación de ningún convenio entre pueblos y monarcas que cumplan los requisitos de aquél.

Puede desecharse, por consiguientes, la inclusión de estos pactos dentro del ámbito del contrato.

De tal modo, se lo reduce al campo del derecho privado y queda por resolver, únicamente, el problema de su aptitud para producir otros efectos jurídicos que el nacimiento de derechos creditorios.

Dentro de la doctrina francesa, la más ferviente partidaria de la consideración del contrato como fuente de obligaciones, no faltan los autores que han extendido su ámbito a toda la materia obligacional, lo que abre una nueva perspectiva.

En primer lugar, cabe mencionar la posición de quienes, como Plantou y Ripert, extienden el significado a la transferencia de derechos creditarios, por entender que en toda transmisión existe una verdadera creación, con relación al patrimonio del cesionario.

Pero, otros han ido aun más lejos y de los clásicos puede mencionarse a Demolombe y Marcadé entre quienes sostienen que el concepto del contrato se ha extendido mucho y abarca también las convenciones cuyo objeto es extinguir obligaciones.

Esta misma noción aparece en las definiciones de algunos autores alemanes, como Enneccerus-Kipp-Wolff, quienes hablan de contrato obligatorio, modificatorio o extintivo de obligaciones.

Aun en la doctrina francesa, Baudry-Locantinerie y Bards y Bufoir han extendido el concepto a la creación de derechos reales, tesis indicada asimismo, en ciertas opiniones de Marcadé.

También Huc, después de transcribir la definición del Código Napoleón, expresa que debe reconocerse que el contrato puede engendrar derechos reales.

La consideración del concepto ha llevado, pues, a muchos autores a ampliar el restringido de fuente de obligaciones, originado en la obra de Pothier y consagrado por Código Francés.

La extensión del concepto a la extinción de obligaciones tiene como resultado incluir dentro del ámbito del contrato a la transacción, que plantea uno de los casos típicos de enfrentamiento entre las tesis adversas.

La transacción es modo de extinción de las obligaciones y no fuente, pero presenta los problemas ordinarios de los actos bilaterales y en las legislaciones en que, como en el Código Civil Argentino, está

ubicada fuera de la sección dedicada a los contratos, las reglas relativas a estos últimos se le aplican en cuanto sea posible.

Así lo disponen, por ejemplo, los artículos 833 y 837 de nuestro Código.

Todo ello induce a extender, al menos a estas hipótesis de actos extintivos de las obligaciones, en el campo de los contratos.

No es fácil hallar fundamentación en las obras que se pronuncian en favor de su restricción.

Entre autores que aducen alguna argumentación, cabe citar a Planiol y Ripert, en su Tratado, en el primer tomo dedicado a las obligaciones, redactado con la colaboración de Esmein.

Como respuesta a la crítica formulada a la posición del Código Francés, expresan: "Esta precisión presenta, sin embargo, un interés mayor que el puramente terminológico: por ejemplo, la capacidad de contratar, en el sentido propio de la palabra, es decir de engendrar derechos creditorios o de asumir obligaciones, no es la misma que la requerida por la ley para participar en una convención translativa de un crédito como la cesión, o extintiva de una obligación, como el pago o la remisión de una deuda".

La argumentación no resulta convincente por diversos motivos: por una parte, cabe cuestionar la diferencia existente en materia de capacidad entre la venta y la cesión, tanto en el derecho argentino, donde la segunda constituye un contrato autónomo pero cuyas disposiciones remiten a la venta, la permuta o la donación, cuanto en el derecho francés donde su autonomía no aparece reconocida.

Por otra parte, tampoco existe una única capacidad para contratar sino que las diferentes figuras contractuales exigen requisitos diversos en esta materia.

Nada obstaría, por consiguiente, para que los contratos extintivos tuvieran un régimen distinto de algunos de los obligatorios.

Admitida esta tesis, debe contemplarse la variante vinculada con la posibilidad de constitución, transferencia o extinción de derechos reales, sostenida como se vio, aun por autores franceses tan calificados como Baudry-Lacantinerie, Huc y Buftoir.

En este caso, por tratarse de un contrato real, es constitutiva la tradición de la cosa para la formación del contrato, de manera que, tanto en el sistema romanista, adoptado por Vélez Sarfield, como en el del Código Francés, que admite la transferencia de los derechos reales por el solo consentimiento, se opera la transmisión de la propiedad.

En la compraventa, en el sistema de nuestro Código Civil, no se transfiere un derecho real sino que se asume la obligación de transmitir el dominio de la cosa vendida, pero en el derecho francés, por la diversa virtualidad del contrato, la formación de éste es suficiente para producir la transferencia.

Por consiguiente, el mutuo y la compra y venta constituyen ejemplos de contratos en los cuales —siempre en el sistema francés, para evitar confusiones— hay transmisión de un derecho real. Para mantener la validez del concepto enunciado por el artículo 1101 del Código Napoleón, debería, por tanto, bastar, no ya, la formación del contrato, para una de las partes, aunque la otra transmitiera un derecho real.

Pero ni siquiera tal explicación —aceptable para las hipótesis anteriores— serviría frente a supuestos de venta al contado o de permuta en que la entrega de las cosas se efectuara simultáneamente con la formación del contrato.

Nadie niega que tal venta y tal permuta constituyen contratos y, sin embargo, sus efectos se reducen a transferencias recíprocas de derechos de propiedad entre las partes.

Por consiguiente, cabe concluir que, aun en el derecho francés, puedan existir contratos que excedan el ámbito obligacional y corresponda aceptar como más acertado el concepto más amplio, que admite la posibilidad de incluir a las convenciones cuya finalidad sea la constitución o transmisión de derechos reales.

De admitirse el criterio según el cual los derechos patrimoniales se dividen en reales, crediticios e intelectuales, puede sintetizarse la definición mediante el empleo de la primera expresión y denominar contrato a todo acto jurídico bilateral destinado a reglar derechos patrimoniales entre las partes.

Cabe detener aquí la expansión de la noción del contrato y desechar su aptitud para funcionar en el derecho de familia.

La duda se plantea tradicionalmente con respecto al matrimonio, pero a ese caso agrega Savigny algunos otros, como el de la adopción convencionalmente acordada.

No es acertado pretender llevar estas hipótesis al campo del contrato, por cuanto aquí sí puede afirmarse que faltan algunos requisitos esenciales: la autonomía de la voluntad está totalmente restringida.

Como se sabe, ésta se manifiesta en dos aspectos diferentes: la posibilidad de contratar o de abstenerse de hacerlo y la de reglar las circunstancias y límites en que se asumen los compromisos emergentes del acto.

De estas dos manifestaciones, únicamente la primera cabe en el matrimonio, puesto que la importancia que esta institución tiene en la sociedad política, su preponderante papel en el orden de la regulación social, impiden que se pueda dejar librada la organización familiar a la sola voluntad de los contrayentes.

La función del orden público es aquí tan preponderante como para excluir totalmente a la voluntad de tipo contractual.

Por otra parte, en materia de contratos, es principio aceptado que los partes, de común acuerdo, pueden rescindirlos y ponerle fin; la misma suma de voluntades jurídicas que formó la convención, está habilitada para disolverla.

En el orden del matrimonio, ello no ocurre: no se trata de un problema de divorcio o antidiivorcio, sino que, aun en las legislaciones más favorables a la disolución del vínculo, las exigencias de la institución familiar inciden en la restricción de la posibilidad de dejar sin efecto el acto por la sola voluntad conjunta de los contrayentes.

Claro ejemplo es la Unión Soviética, cuya evolución en estos aspectos llevó a un substancial apartamiento de aquel comienzo en que el matrimonio no se distinguía, en este aspecto, de cualquiera de las convenciones admitidas entre particulares.

Si el Derecho Canónico llama contrato al matrimonio, tal denominación debe tomarse dentro de su contexto general, donde el aspecto institucional influye grandemente y donde sólo cabe asignarle el significado de un acto voluntario conjunto de parte de los cónyuges.

También en materia sucesoria, la voluntad aparece limitada por motivos análogos a los que vienen de analizarse y, por consiguiente, tampoco el contrato tiene gran cabida dentro de ella.

Únicamente puede funcionar con relación a puntos definitivamente patrimoniales, tal como ocurre con la cesión de derechos hereditarios, pero queda totalmente excluido respecto a los aspectos personalísimos, inherentes a los herederos.

Esto es particularmente exacto en las legislaciones que, como la nuestra y la francesa, proscriben los pactos sobre herencia futura y cede algo frente a la legislación alemana, por ejemplo, donde, de acuerdo a la tradición del antiguo derecho germánico, puede acordarse convencionalmente una institución hereditaria.

En todo caso, la consagración universal de la legítima hereditaria, como protección indispensable de la familia, constituye un elemento decisivo para limitar la aplicabilidad del contrato.

De las sucesivas ampliaciones nacidas de los aspectos variables, conviene pues, optar por concretarlo al ámbito patrimonial.

Parece conveniente, además, precisar algo más el sentido de la expresión para evitar que pueda interpretarse como referida al debatido tema de la exigencia de valor pecuniario para el objeto de la convención.

Se trata de dos problemas diferentes: al ámbito patrimonial en que se ubica el contrato, se opone al ámbito del derecho de familia y, por supuesto, al de los derechos personalísimos, como el estado o la nacionalidad.

Es decir, que comprende exclusivamente los derechos reales, crediticios e intelectuales, éstos últimos dentro de las necesarias limitaciones inherentes a su naturaleza.

Es posible que, dentro de las obligaciones, ocupan hechos carentes de valor pecuniario; cuando uno de tales hechos constituye el objeto de una convención, nada obsta a que este acto jurídico sea calificado como contrato.

Estas reflexiones sobre los aspectos variables, de acuerdo a su naturaleza jurídica, fundamentan la siguiente noción del contrato: *acto jurídico bilateral destinado a reglar los derechos de las partes en el ámbito patrimonial.*

## 5 — La noción en el Código Civil Argentino

Se afirmó, a comienzo de este ensayo, que no existía acuerdo entre los autores respecto a cuál había sido la posición de Vélez Sarfield sobre el contrato, no obstante haber incluido un artículo especialmente destinado a definirlo.

De seguirse al pie de la letra lo expresado por el artículo 1137, sería necesario ubicar al Código Civil Argentino en la línea más amplia, ya que, como dijo Lafont, puede afirmarse que tal disposición define, en rigor, al acto jurídico bilateral y la observación es inatacable: toda convención jurídica cabe dentro de su redacción.

La primera cuestión planteada en el análisis del problema es el porqué de las dudas y discusiones frente a la presencia de un texto expreso y claro, cuya amplitud puede ser criticada, pero cuyas expresiones no pueden ser desconocidas ni admiten dudas en cuanto a su significado.

Posiblemente, el motivo inicial del debate sobre la validez de la definición del 1137, sea la nota que el Codificador le puso al pie.

Más que una razón de técnica legislativa, que lleva a desechar

las definiciones dentro de la ley, ha influido aquí el desconcertante comentario, que criticaba acerbamente la definición.

En esa nota, Vélez Sarsfield menciona la fuente directa del artículo, Savigny, en su Sistema de Derecho Romano Actual, pero no elogia su concepto sino que, por el contrario, lo compara con otros y pondera a éstos, de manera tal que parece claro el favor con que contempla la posición del Código Francés, análoga, por otra parte, a la de Freitas, a quien cita también allí, en una de las pocas ocasiones en que lo menciona expresamente.

No son, pues, los detractores de Vélez quienes han puesto en cuestión el concepto del artículo 1137, sino su propio autor que lo ha atacado y ha fundado extensamente su crítica.

Pero, en suma, de nada valdría ese comentario frente al texto expreso, si no fuese por la inclusión de varias otras disposiciones que permiten sostener, con sólido fundamento, que el verdadero concepto del contrato en nuestro Código Civil no es el amplio inspirado en Savigny.

Es cierto que autores de gran valía han asimilado en nuestro derecho al contrato a la convención jurídica, ateniéndose, procliamente, a las expresiones textuales del artículo 1137 y a su fuente.

Con su habitual profundidad y poder de síntesis, lo ha sostenido así Segovia, quien manifiesta preferir "la acepción" lata de la palabra contrato (sinónimo de convención) a la restringida, porque los mismos principios rigen en general las convenciones que crean obligaciones que a las que tienen por objeto derechos reales, así como a las que conservan, modifican o extinguen los derechos personales...".

Es interesante otro comentario del gran jurista correntino, vinculado con la obra de Freitas, quien, como se sabe, compartía la tesis restringida del Código Napoleón. Dice: "Freitas 1901 reconoce también que los contratos constitutivos de derechos reales y de cesión de derechos reales sobre cosa de otro y sus efectos, deben ser juzgados por las disposiciones del Libro 3º que les sean especiales y por las disposiciones generales sobre contratos, obligaciones y actos jurídicos, que no les sean opuestos...".

En la otra posición extrema, Lafaille sostiene que para nuestro Código Civil el concepto del contrato es el de un acto jurídico bilateral creador de derechos crediticios.

Es muy interesante comprobar como autores de primera calidad han podido sostener tesis tan diferentes: la contradicción entre el texto y la nota del 1137 proveyeron una primera justificación de este sorpren-

deante enfrentamiento, pero, naturalmente, existen razones más serias, cuyo fundamento se halla en las mismas disposiciones legales.

Así puede decirse, con sólido fundamento, que los artículos 1168 y 1169 ubicados en el capítulo referente al objeto de los contratos, restringen lo expresado en el 1137.

El 1169 resuelve el discutido problema del valor pecuniario del objeto de los contratos en forma tan tajante, que sus autores doctrinariamente opuestos a la exigencia de tal requisito, como Lafaille, se ven obligados a admitir que el Código no permite eliminarlo.

Como se sabe, esta disposición fue tomada de Aubry y Rau, quienes, a su vez, para introducir la exigencia del valor patrimonial del objeto, tema silenciado por el Código Napoleón, no desarrollaron fundamentación alguna, sino que se concretaron a mencionar una cita del Digesto.

Ya se dijo anteriormente que esta condición, referida al objeto de los contratos, no tiene el mismo significado que la ubicación de éstos en el ámbito patrimonial, por oposición a los actos jurídicos del derecho de familia.

Sin embargo, no hay duda que las expresiones del 1169 son elocuentes para proscribir las convenciones ajenas al ámbito de los derechos patrimoniales: al imponer el requisito de la apreciación pecuniaria para el objeto de los contratos, el Código elimina todos aquellos derechos de otro tipo, entre los cuales cabe mencionar los que fundamentalmente nacen del matrimonio, fuente principalísima de las relaciones jurídicas familiares.

Resulta, por consiguiente, muy justificada la reducción del concepto admitido por nuestro Código, cuando no se toma literalmente al artículo 1137, sino que se lo aproxima al 1169: su sola presencia lleva a descartar como objeto de los contratos a cualquier derecho que no sea creditorio, real o intelectual.

Tras este primer paso, quienes sostienen que el Código Civil ha seguido la tesis del Código Francés y ha reservado la calificación de contratos por las convenciones que sean fuentes de obligaciones, han procurado reducir, aun más, su ámbito.

Para ello, generalmente se recurre al artículo 1168, ya que éste expresa que "toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar alguna cosa....".

También aquí puede decirse que la consideración de las expresiones textuales tienen el peligro de acceder al artículo un significado más fuerte que el que su autor ha querido darle.

Es cierto que su fuente es un comentarista del Código Napoleón, Zachariae en su §16, pero no cabe tomarla al pie de la letra por la gran diferencia que significa la inclusión por Vélez de una definición totalmente distinta de la que aquel cuerpo legal.

En primer término, se hace necesario contemplar las palabras con el diferente sentido que tienen en el derecho francés y en el nuestro: en el primero, pueden hacerse o darse cosas, mientras que entre nosotros, la definición de cosa del artículo 2311 ha precisado un concepto muy diferente.

Además, de acuerdo a lo dicho textualmente por el artículo, cabría sostener que las prestaciones consisten en obligaciones, mientras que, en rigor, las prestaciones son el objeto de las obligaciones o derechos crediticios.

Las obligaciones son efecto y no pueden, por consiguiente, ser, al mismo tiempo, objeto de los contratos.

Esta proposición inatacable sirve para desvirtuar el contenido del artículo 1168, tomado al pie de la letra, ya que sus términos encierran una contradicción si se pretende interpretarlos textualmente.

La interpretación más correcta parece ser la de admitir que los contratos, al igual que las obligaciones, tiene por objeto prestaciones, que pueden consistir en un bien o en un hecho, expresiones que comprenden, *las cosas, los derechos, las cosas, las acciones, y las omisiones*, vale decir los hechos positivos o negativos.

No cabe, pues, apoyarse en el artículo 1168 para sostener que el Código Civil ha seguido al Código Francés y ha considerado al contrato sólo como fuente de obligaciones; la única expresión de Vélez de donde podría, por lo tanto, extraerse tal conclusión, serían los términos de la nota puesta al pie del artículo 1137.

Pero, ese comentario, aparte de oponerse totalmente al contenido de la disposición legal, sólo tiene el valor de una opinión del codificador, cuya utilidad como elemento interpretativo no cabe desconocer, pero que no puede alcanzar valor decisivo al no estar respaldada por precepos de legislación positiva.

Mantiene, por ende, todo su valor la tesis que extiende al ámbito del contrato a la totalidad de los derechos patrimoniales.

Más aun, a lo largo del Código, pueden citarse otras disposiciones que robustecen esa posición.

Sin pretender agotar la nómina, bastará con hacer referencia a algunas de ellas para comprobar los fundamentos que abonan la tesis mencionada; esos artículos señalan la posibilidad de crear o transferir dere-

chos reales por contrato y, si nada se dice respecto a los intelectuales, tal silencio es lógica consecuencia de la época en que fue redactado el Código.

En el Título inicial de la Sección Tercera del Libro Segundo, tras la ya comentada definición del artículo 1137, Vélez incluyó una serie de clasificaciones, metodología criticable desde el punto de vista de una correcta técnica legislativa, pero uno de cuyos artículos provee un primer elemento digno de reflexión.

Se trata del artículo 1142, que integra la nómina de los contratos reales con la constitución de prenda y anticresis.

Es cierto que esa disposición legal presenta algunas fallas que la hacen susceptibles de crítica, ya que omite mencionar a la venta vitalicia, cuyo carácter real el Código afirma luego en el título respectivo, pero ello no obsta para asignarle importancia en cuanto a la posibilidad de constituir derechos reales por contrato.

Precisamente, la prenda y la anticresis son derechos reales que, para su constitución, necesitan la entrega de la cosa dada en garantía al titular; por consiguiente, al contrario de la hipoteca, no pueden formarse sin tradición.

Si Vélez incluyó su constitución dentro de la nómina de los contratos reales, pudo ser porque no dudó de su naturaleza contractual y consideró oportuno recalcar la necesidad de la entrega, circunstancia que también se presenta, como exigencia ineludible, en el régimen jurídico de los demás contratos reales enumerados allí, el depósito, el mutuo y el comodato.

Si se tratase de un artículo aislado, podría suponerse una deficiencia en el trabajo del codificador, pero varios textos, ubicados en el libro Tercero, dedicado a los derechos reales, confirman igual concepto.

Entre ellos, cabe citar al artículo 2813, que enumera los casos en que el usufructo se constituye por "contrato oneroso"; al 2814 que cumple igual cometido frente a la constitución por "contrato gratuito"; al 2977, que dice que "las servidumbres se establecen por contratos onerosos o gratuitos..."; al 3240, que se refiere al "contrato de anticresis".

No parece necesario agregar mayores argumentos para sostener que, dentro del Código Civil, el concepto del contrato coincide con el definido en el ámbito doctrinario, vale decir el de acto jurídico bilateral destinado a producir efectos, entre las partes, en el ámbito patrimonial.

Solamente hasta este límite debe restringirse la definición del artículo 1137; a ello conducen tanto las argumentaciones doctrinarias como la interpretación más aceptable de los textos legales.



## LA CONGRUENCIA EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

POR CARLOS A. AYARRAGALAY

RESUMEN: I: Exposición del tema. — II: El principio de congruencia. — III: ¿Existe congruencia en el período de ejecución de la sentencia? — IV: Límites a la ejecución. — V: La cuestión en algunas legislaciones del pasado. — VI: Aspecto expresivo en las legislaciones latina y brasileña. — VII: Conclusión.

### I. — Exposición del tema

En la colección de *Estudios en Honor de Hugo Abrego* (Ed. Ediar, 1946) hay una monografía nuestra que titulamos *Límites legales, procesales, políticos, sociales y económicos a la ejecución de sentencia*. El pensamiento y el contenido político, es decir institucional, de aquel estudio lo mantenemos en su esencia. Si debiéramos rehacerlo, la vincularíamos con el principio de congruencia, asunto que hemos estudiado en nuestra reciente publicación titulada *Lecciones de derecho procesal* (Ed. Ferret, Bs. As., 1962, p. 73). Lo que antaño vislumbramos, hoygo lo daríamos contenido sistemático y lo acordaríamos las características de llevar un caso supremo: su contenido constitucional adecuado para preservar la ciudadanía frente a la tutela jurisdiccional reclamada.

La solución que proponíamos desde el año 1943 parecía derivar del contenido de determinadas disposiciones del Código de Procedimientos, y especialmente de la eficacia gramatical de algunas de las palabras de las dichas normas rituales. Con el tiempo, concretamos una correlación sistemática entre la acción, la sentencia y su ejecución; verificamos el entrelazamiento del pedido con el juzgamiento, y de éste con su realización. La demanda no encuentra siempre su satisfacción con la mera declaración (terminología originaria del Código de la ciudad del Vaticano y que en adagio latino se revela en *jurisdictione la sola nocione consistit*), sino que requiere de la coacción subsiguiente, la que se acuerda para satisfacer la eficacia de la declaración judicial antecedente. En consecuencia, si la sentencia debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con "arreglo" a las acciones deducidas en juicio (art. 216 del C. de Proc.), la ejecución de la misma debe ser precisa, limitada y ceñida a la declaración. Si en nuestro sistema político la justicia es rogada (y que nosotros llamamos provocada), la realización de la declaración y condena de la sentencia también debe ser rogada y en la medida declarada, pues, de lo contrario, se produciría la violación de la defensa en juicio, intervención de oficio del órgano jurisdiccional y realización extrapetina, vale decir sin controversia, y en violación del principio dispositivo.

Es lo que demostráremos, y por lo tanto nos omitimos, para evitar repeticiones, a lo dicho en la monografía antes mencionada. Sólo prepararemos el desenvolvimiento de la exposición con la síntesis apertujada de aquel estudio monográfico: explicación sumaria del principio de congruencia; su correlación con la ejecución de sentencia; deducciones de los principios concretos legales y normas existentes; rectificación de cierta estimación equivocada y, por último, una referencia a cierta institución singularmente educativa del actual régimen normativo brasileño, nacido en la vieja legislación portuguesa.

## II. — El principio de congruencia

Este asunto ha sido debidamente desarrollado en nuestro artículo publicado en *Lecciones de derecho procesal* (ob. cit. *La demanda como institución política*, p. 73). En síntesis, la demanda es requisito para la intervención del juez en la causa, al ser provocado, y así se define el asunto al través de viejos adagios, entre otros *nemo iudex sine actore*, *ne procedat iudex ex officio*. Cuando ello sucede, estamos frente a un país políticamente organizado en beneficio del individuo, con normas jurídicas precisas, preñadas y anticipadas al caso particular planteado ante los jueces. Mientras no esté interpuesta la demanda, no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional en el orden civil, y nadie puede obtener justicia por sí, con la excepción de los supuestos de autodefensa y auto-composición. Es que en materia civil, prima un interés individual considerado superior al interés público. Mas cuando se sobrepone a él el interés público, no cabe obtener justicia si no es mediante la intervención de la jurisdicción.

Cuando la jurisdicción es requerida, primero conoce y luego coacciona: No hay por lo tanto declaración o condena sin la intervención del Estado mediante sus organismos oficiales respectivos. El juez, de tal manera, fija el precepto aplicado y luego ordena la coacción, la cual se ejerce en forma gradual y al través de distintos medios. Cabe por ella la ejecución de lo juzgado como acto de voluntad del Estado, y tal es el fin de la jurisdicción. El Estado y el individuo se encuentran en el proceso. Y así se entrelazan el pedido y el juzgamiento. El juez no tiene campo de acción en plena libertad en el proceso; su condición y su límite es la existencia de una demanda que pone en movimiento la inercia del juez y en la medida y extensión pedida. Si así no fuera, el juez podría iniciar una demanda contra el interés del actor o cambiar de demandado o mudar la cosa demandada o variar la petición. De tal modo se llega por vigencia de los principios del dispositivo y de la controversia. La parte es dueña de la acción en su finalidad excitativa del organismo judicial y en la medida del interés del actor. El todo en contacto con el adversario, o sea el demandado. Si no fuera y no estuviera el juez así encañonado, sería el Estado quien, mediante sus jueces, dispondría de los derechos subjetivos del particular litigante, e inclusive podría violar la defensa en juicio.

El principio de congruencia, de dilatado contenido político y definitorio de la libertad del hombre, se llama así por provenir de la doctrina procesal española y "consagrado en el Código de procedimientos hispánico; dice: "las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las demás peticiones deducidas oportunamente en el pleito..." (arts. 359 y 360 concordante con los arts. 61 al 63 de la ley de 1855). Este principio tiene especial consagración en nuestro Código de procedimientos y está en el artículo 216: "La sentencia definitiva debe contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a las acciones deducidas en el juicio..."

Como la demanda se interpone por escrito, es claro que la acción es una condición y un límite que sujeta al juez, el cual sólo puede resolver en las contiendas de su competencia, requerido y en el límite de lo requerido. El círculo definitorio es con respecto a la demanda y a lo controvertido en su oportunidad por el demandado. Las consecuencias de apartarse del principio mencionado nos llevarían a las sentencias *extra petit*, *infra petit*, *ultra petit* y *contra petit*.

Este principio rige también en segunda instancia en cuanto está dispuesto que el juez sólo falla sobre los capítulos que se hubiesen propuesto en primera instancia, salvo ciertas excepciones (art. 267 del C. de Ptos. y 224 de la ley 50); de violarse la congruencia, jugaría la máxima medieval de *reformatio in peius*. Y también la obligación del juez de pronunciarse de conformidad con las normas mencionadas, como lo imponen los artículos 58 y 81 del C. de Ptos.

No escapará al buen sentido del lector la importancia del principio de congruencia y su profunda significación de política procesal; traduce en bella síntesis la eficacia de la libertad del individuo, conseguida al través de cruenta lucha en el correr de la historia.

Podemos agregar que este aspecto del asunto y de su incidencia en el período de conocimiento hasta la sentencia, es lo que se ha considerado por los autores. No se ha examinado detalladamente la cuestión en su aspecto derivado, o sea la ejecución o cumplimiento de la condena. Ello será objeto de nuestro análisis a continuación.

### III. — ¿Existe congruencia en el período de ejecución de la sentencia?

Sostenemos que la sentencia es la medida que determinará el funcionamiento del juez ejecutor. Si el juez no pudo sentenciar por más de lo pedido, ni por menos, el mismo principio debe regir para la ejecución de la voluntad declarada en forma expresa, positiva y precisa. Lo que se ejecuta es la sentencia (art. 535 del C. de Ptos.). Ella es también, en consecuencia, una condición y límite, que se traduce en la exigencia de ser rogada la ejecución (dispositivo), y límite de la actividad.

No puede, entonces, pedirse ni *plus petita*, ni *extra petita*, ni *citra petita*, ni *infra petita*. Es con la sentencia que establezca cantidad líquida con la cual se trabó el embargo de bienes (art. 536). La cantidad líquida de la sentencia es determinante de la actividad judicial, y lo es cuando está expresada numéricamente (art. 537). Para ello, el embargo se trabó en la forma prevenida para el juicio ejecutivo (art. 538). Esto es consecuencia de que lo que se ejecuta es la sentencia y nada más. Si así no fuera, la actividad judicial se iniciaría con la ejecución, y ello es inadmisibile. El comienzo de la actividad procesal es la demanda, la cual se rige por el principio de congruencia, como hemos expuesto. La continuación de la sentencia es la coacción de lo resuelto, y no se concibe que exista una trabá política para el ejercicio de los poderes del juez en el período de conocimiento y que ésta desaparezca en la subsiguiente etapa coactiva, es decir en la ejecución. No hay ejecución sin sentencia o título hábil.

Esta situación se refleja mucho más claramente en el Código de Procedimientos de la provincia de Buenos Aires (arts. 547 y 548). Hecho el embargo, se cita al deudor para su defensa y posterior ejecución. Se rige la ejecución por el procedimiento de cumplimiento de la sentencia de remate hasta hacerse pago el acreedor (art. 553). Tanto en nuestro Código como en el bonaerense, trabado el embargo, se da intervención al deudor embargado, y si no media oposición se manda continuar la ejecución, sin recurso alguno. Lo que se realiza en la ejecución es lo embargado; lo embargado, luego, debe cubrir el importe de la condena. Y así continúa soberano el principio de congruencia en esta segunda etapa del juicio. En ella no se revisa nuevamente la pretensión, sino los agravios relacionados con la sentencia. El objeto a dilucidarse no es el mismo de primera instancia, sino que el objeto queda cedido a los agravios, o sea a demostrar el error de la sentencia.

En el Código de Procedimientos de la Capital, en el capítulo *Del cumplimiento de la sentencia de remate*, campean los mismos principios que acabamos de establecer. En el trámite del juicio ejecutivo es condición de procedibilidad la intimación de pago, y así se lo requiere para que satisfaga su deuda, y lo sigue, en caso de no responder el ejecutado, el embargo a sus bienes sobre bienes suficientes para cubrir la cantidad demandada y las costas. Los bienes detenidos y afectados a los fines de la ejecución, de no mediar defensa eficaz, son los que serán objeto ulteriormente de realización y de aplicación inmediata al crédito de la ejecución. Por lo tanto, siguiendo el principio de congruencia, no cabe realizar más bienes que los precisos para satisfacer la pretensión deducida en la ejecución (arts. 471, 508 del C. de Pos. y 38 de la ley 14.237). Todo ello depende de que la ejecución no se puede despachar sino por cantidad líquida (art. 465 del C. de Pos.). Y ello concuerda con lo expuesto en el artículo 477, el cual autoriza la sustitución del embargo trabado, si los ejecutados *bastare manifiestamente* a cubrir el crédito reclamado.

En consecuencia, no puede dudarse que debemos afirmar con énfasis que la realización de los bienes embargados no puede en modo alguno sobrepasar el monto del crédito reclamado, pues, por este monto, se debe trabar el embargo ejecutivo.

De donde cabría que asentáramos lo siguiente:

- a) La justicia en nuestro país es rogada, vale decir que la misma no procede de oficio.
- b) La justicia sólo puede atender la satisfacción de lo reclamado y no puede modificar la acción, que es una condición y un límite a la competencia.
- c) Si así no fuera, el juez podría cambiar de demandado, o ir contra un tercero; mudar la cosa demandada y variar la petición. En cambio, el juez debe sustanciar la demanda con relación al demandado y absolver o condenar al demandado individualizado en la demanda. Debe entregar la cosa reclamada y no otra. Debe satisfacer o no la demanda y así acordar el divorcio solicitado y no la nulidad del matrimonio. Apartarse de estos apotegmas significaría violar los principios garantizados por la Constitución: condenar a terceros sin ser oídos; arbitrariamente otorgar lo que se solicitó y aun dar sentencia de oficio.
- d) La jurisdicción procede en dos etapas: la primera está organizada para conocer, razonando sobre los hechos invocados y probados, y la segunda ejecutando lo asentado. De la duda inicial o desconocimiento del fondo fáctico, una vez despejada esta incógnita, procede coactivamente contra el remiso declarado deudor. De donde, mediante la jurisdicción, desaparece el obligado y queda reemplazado por un sujeto.
- e) Si el conocer está limitado por la voluntad del actor, asentado su derecho, en la justa medida, la realización de esta voluntad estatal no puede otorgar al juez mayor poder; la segunda parte es consecuencia de la primera; la extensión ejecutiva está dada por la afirmación en el período de conocimiento. Hemos afirmado en muchas oportunidades que el juez es un prisionero. Sólo ejecuta en la medida concretada en la sentencia.

Ello sucede así en la práctica judicial de la Argentina?

#### **IV. — Límites a la ejecución**

Sostenemos que existen límites para el desenvolvimiento de la acción ejecutiva y de la acción ejecutoria. Y ello en atención a la configuración normativa del Código de Procedimientos y por razón del ordenamiento

constitucional. Si el resultado de un juicio es que se declara el monto adeudado, nadie se apartará de ello. Ejemplo: Si se extiende un cheque, ningún banquero pagará el mismo por mayor cantidad. Ya lo dijimos en 1943, cuando escribimos nuestra monografía *Libertad legal, procesales, política, social y económica a la ejecución de sentencia*. A dicho artículo volveremos a remitirnos y creemos que se leerá con provecho. En el mismo aducimos los antecedentes de la legislación extranjera, especialmente germánica, francesa, británica, italiana. Más todavía: no solamente expresimos las normas concretas de algunos países en esta materia, sino que nos remitimos a los diversos límites que ofrece la legislación foránea, de donde surge que existe un propósito deliberado de conciliar el interés del acreedor y el interés del deudor, que a la postre incide en la economía y paz social de cada país. Por ello se hace prof-laxis en el procedimiento ejecutivo contra infracciones clandestinas y fraudulentas y en la utilización razonable de los poderes jurisdiccionales.

Este aspecto no es nuevo y nacido de las ideas de estos tiempos. Siempre ha existido, y así la espera quinquenal del derecho español antiguo; la realización prudente de los bienes del deudor y la atención del patrimonio del deudor en lo que se refiere a la realización, la que sólo llega hasta cubrir el monto de lo ejecutado. Ello tuvo precipua característica en la ley 11.725 (divisibilidad de los bienes hipotecados) de nuestro país. En esa materia existen y se perfilan actividades serenas doctrinarias y legislativas. Nadie, si no es en abuso de sus facultades, puede realizar los poderes legales que le son propios en perjuicio del afectado.

Esta determinación jurídica tiene límites variados, y ello en atención a innegables razones sustentadas en diversos factores políticos y de conducta. Sin embargo, este asunto no ha merecido mayor atención en nuestro medio universitario, legislativo y judicial. Y nunca se ha relacionado este problema al principio de congruencia. Verdad que nosotros tampoco lo hemos explicado anteriormente según esta sistemática; pero el contenido de la monografía a que nos venimos refiriendo contiene las bases esenciales para la dilucidación del problema.

Los plazos de gracia, las esperas judiciales, la detención de la ejecución una vez cubierto el monto reclamado judicialmente y reconocido por la sentencia, el beneficio de competencia, los bienes inembargables, son todas pruebas evidentes del acerto. Nadie está obligado a vender sino cuando se encuentre sentido a una necesidad jurídica de hacerlo (art. 1324) y así debe tolerarlo cuando hubiere la cosa de rematarse en virtud de ejecución judicial. De dónde, pues, para cumplimiento de una sentencia, se ha de rematar más bienes que los suficientes para cubrir el monto de la sentencia? Si lo que se remata es lo embargado previamente y este embargo está limitado a los bienes suficientes para cubrir lo adeudado, ¿a qué título se ejercería? Sería un atropello judi-

cial y no es admitido. De ahí el amparo que se acuerda contra la enajenación ruinosa, evitando el precio vil, la malquerencia judicial para la adjudicación de los bienes del deudor a favor de los acreedores. Las leyes prohíben la apropiación de los bienes tomados directamente en acto de autojusticia (art. 3222 del C. C.). Y muchos países (entre ellos la Argentina), en caso de embargo de bienes inmuebles, no permiten su subasta sin previa tasación; en otros se impide la subasta del bien en caso de poder el acreedor cobrarse por otros medios que no sea el remate del bien, si la venta del bien no permitiera un beneficio (por administración, por fraccionamiento de la propiedad o mediante la división en propiedad horizontal); en otros (Alemania, Inglaterra) se prohíbe la ejecución si solamente se cubrieran los costas. En España, en la ley de la materia del año 1855, se trababa el embargo sobre: los bienes suficientes para cubrir la ejecución y las costas del juicio. "Sin perjuicio de mejorar la traba, esto es de proceder a nuevos embargos a instancia del acreedor, si vére que no eran suficientes, así como también podrá el deudor, en caso de exceso, pedir el desahogo de la parte que sobrase" (art. 957) según Caravantes (Nº 1160) corren, vemos, parejas la mejora y libertad del embargo. Siempre existe una limitación: en Brasil se dispone que la sentencia debe ser ejecutada *fielmente*, sin aplicación o restricción acerca de lo resuelto. En la Argentina nada se dice sobre ello. Pero el silencio legislativo no es condenatorio de los principios esenciales enunciados. Está implícito en el principio de la congruencia y en que no cabe actividad judicial de oficio. Claro que el silencio ha determinado una corriente equivocada en la doctrina, en la práctica y en la actividad judicial. Se ha inadvertido el fondo del contenido legislativo procesal. Fue ignorancia, consecuencia de no escudriñar la esencia de las normas. El practicismo, desterrado como anacronismo, y que debió ser reemplazado por los principios rectores, no ha tenido suerte en esta emergencia estudiada.

Se ha concluido así por desviar el sentido de la función judicial. En nuestros tribunales, mediante una sentencia de condena, por ejemplo, por suma determinada, en la realización concreta de dicha tutela otorgada se procede a la realización patrimonial, no para cubrir el equivalente adeudado por el deudor incumplidor, sino que se realiza el monto total de los bienes que han sido embargados, sin mediar un ajuste de su valor económico, o sea una tasación, con lo cual deriva un perjuicio al ejecutado y provecho en favor de terceros que intervienen para la subasta y en violación de la ley. Se venden así todos los bienes embargados, aunque se cubra con exceso el monto de la ejecución, en pleno olvido de que la realización coactiva debe ser únicamente para resarcir al acreedor hasta satisfacer el monto de su crédito. Es una feliz solución económica para los intermediarios; pero no es una feliz solución de la justicia y es prueba de apoltronamiento de la abogacía y achicamiento por parte de los deudores, que no se defienden por inactividad generalizada.

El problema a considerar, entonces, es qué valor tiene la traba y embargo por más valor que el suficiente. ¿Será que en el exceso es nulo, y por lo tanto la subasta estaría viciada por esta circunstancia? Impe-  
rando el principio de congruencia en materia de demanda, es indudable que ordenar un remate por más de lo necesario para satisfacer el acreedor vencedor en una causa, traduciría una actividad de oficio del juez. Y, como tal, es nula, inexistente y sin eficacia, como se dispone en el derecho alemán. Sería resolver ultra petita o plus petit. Pero, supuesto el remate sin previa tasación del valor de lo embargado, ¿quedaría consentida la subasta y consolidado el exceso de poder que resultaría de subastar todo lo embargado? Pareciera que lo inexistente en ninguna manera puede ser convalidado.

Lo evidente es que, frente a quien no se somete voluntariamente a la decisión judicial, no se puede por la fuerza tomar del ejecutado más de lo que debe ser, entregar, satisfacer, hacer o cumplir en favor de quien ha reclamado la ayuda jurisdiccional; todo ello se debe hacer con la cosa pedida o su equivalente económico (art. 503 del C. C.). Se ha dicho, con razón, que la actividad desenvuelta por los órganos judiciales para dar a la actuación la sanción correspondiente, recibe el nombre de ejecución (Liebman, Enrico Tullio, *Proceso de Ejecución*, Ed. Saravia, p. 15). Y en especial ejecución civil es aquella que tiene por finalidad conseguir, por medio del proceso y sin el concurso de la voluntad del obligado, el resultado práctico a que tendía la regla jurídica que no fue obedecida. Se cumple, mediante el embargo y remate para satisfacción del acreedor y con el límite pecuniario concretado en la sentencia.

En nuestro país no existen normas de ética o de índole social-económica que puedan detener la ejecución. Impera, al contrario, una concepción netamente privatista sobre ese asunto. Mas ello no quiere decir que un victorioso en un pleito puede tomar del patrimonio del vencido más que lo justo y suficiente para cobrarse, y menos realizar este despojo por intermedio de los señores jueces. No es posible que se ordenen ventas de propiedades valiosas para cubrir pequeños créditos. Es evidente que algo debe hacerse. No se trata en el caso de pensar en el modo que lo afirmáramos y expusieramos en el trabajo mencionado en el punto XII N<sup>o</sup> 1: reafirmamos nuestra opinión. En razón de que no se trata de determinar una exclusión patrimonial de quien debe pagar, asunto que está reservado al Congreso como lo tiene dicho la Corte Suprema desde tiempo inmemorial: las exclusiones del patrimonio que es prenda común de los acreedores, las dispone el Código Civil. El asunto por lo tanto no se resuelve por vía del Congreso. La cuestión se dispone directamente por el Código de Procedimientos, atendiendo la significación del principio de congruencia que hemos explicado. Y si no lo hiciera el juez, por inadvertencia o por no conocer el valor político de este principio que está en el alma de la demanda, corría por vía de petición del ejecutado y condenado por el juez a pagar. Puede el mismo solicitar que el remate se suspenda cuando esté cubierto el acreedor. De donde

a todos los jueces, al disponer la ejecución o la resolución de mandar cumplir con la sentencia de remate, deben concretar que la subasta se hará hasta cubrirse el importe adeudado por el deudor al acreedor.

Tal es la síntesis del sentido político del principio de congruencia. Es una suprema expresión del respeto del legislador por los derechos individuales y tiene profundo raigambre en la legislación española y portuguesa y hoy en la brasileña, asunto que expondremos más adelante.

#### V. — La cuestión en algunas legislaciones del pasado

En las leyes de Manú el rey juzga de los asuntos de los hombres basándose en las leyes eternas (Lib. VIII, 8). Mas ya dispone que cuando el acreedor viene ante el juez a intentar una demanda ante él para el recobro de una suma prestada que retiene un deudor, aquél haga pagar al deudor después de que el acreedor ha probado la deuda (VIII, 47) y para ello y forzando a su deudor a que cumpla, puede valerse de estos medios: el deber moral (presiones morales, reproches, permaneciendo constantemente frente a su casa); por intermedio del procedimiento por astucia (tomar algún bien del deudor y retenerlo hasta que el deudor pague la deuda o sea mediante lo llamado fraude legal); por la miseria (el acreedor encierra al hijo del deudor, o a su mujer, o a sus ganados, y así lo obliga a pagar; por la violencia (atando a su deudor lo lleva a su casa y pegándole o por otros medios semejantes le obliga a pagar). No está determinado si esos procedimientos los autoriza el juez: la ley los admite. Más lo evidente es que, cuando un hombre niega una deuda, el rey le hace pagar la suma que debe, siempre que el acreedor lo pruebe, y por esa resistencia se le impone una pequeña multa (VIII, 51). Si se vinculan las normas recién mencionadas con lo establecido en la 125 se comprende que, dentro del criterio de la justicia de aquel entonces, no cabía la ejecución por mayor suma que la reclamada. Es el viejo principio del talión: diente por diente, que consagran muchas legislaciones, entre otras la del Israel bíblico, y que Shakespeare reproduce con humano sentimiento literario en su inmortal *Merced de Petecio*.

Entre los romanos, una de las más remotas formas de ejecución era la *legis actio per manus iniectioem*. Según Cajo se expresaba por el actor que, visto que no "le han pagado los diez mil sestercios a que fuistes condenado a pagar, pongo mi mano sobre ti por causa de los diez mil sestercios". La expresión es clara y terminante. Por el pago de la deuda quedaba liberado el deudor. En el procedimiento *pignoris capioem* mediaba un apremio sobre los objetos embargados: mediante él se tomaba una cosa acompañada de palabras sacramentales, lo que no le daba el derecho de poderla vender, pero sí de tenerla para sí. Por otros procedimientos romanos la ejecución patrimonial se hacía por la *actio de bonis*, seguida de la *venditio bonorum*; se aplicaba contra el *indictor*, o el *confessus in iura*; mediante este procedimiento el *bonorum*

empor continuaba la persona del deudor. Vale decir que no había limitación en la realización de los bienes del deudor; mas, tiempo después, así se consiguió mediante la *pignus iudicium captivum* y por la *distraictio bonorum*: de tal manera se satisfacía en lo justo al acreedor. Fuera de este procedimiento existía el de la *cessio bonorum*, o sea el abandono de los bienes a los acreedores. Con caracteres especiales se creó, durante el período de la *extraordinaria cognitio*, el embargo judicial de una parte del patrimonio del deudor, cuyo bien se vendía después de los dos meses, hasta el límite del crédito ejecutado. Finalmente sobrevino la *distraictio bonorum* y mediante ella se ponía en riñero el patrimonio total del deudor; mas la venta de esos bienes alcanzaba hasta cubrir el crédito del acreedor.

En Roma se contempló al deudor, y así se pasó del período de la exageración en la conducta del acreedor al respeto del derecho del deudor. La justicia no está organizada para el despojo de nadie. Y así se manifestó en el derecho Justiniano mediante el *pignus in causa iudicium captivum*. Se vendían en tal forma los bienes embargados del deudor, y si no se encontraba comprador se adjudicaban al acreedor. El producido en exceso se reintegraba al deudor. La historia de la venta de los bienes del deudor pasó así de la compulsión personal a la ejecución de los bienes en la cantidad necesaria para satisfacer el crédito.

Se desprende de aquella antigüedad, después de la llegada de los visigodos a España, una compilación de valer en esas tierras legendarias. Es el *Fuero Juzgo*, en el cual se encuentra una norma significativa, dada en tiempo de Recovinto, que prohíbe el embargo por mano propia, y si lo hace es castigado pagando el duplo de lo empeñado, y si es esclavo recibe además cien azotes (Lib. V, Tit. VI, 1). Esta legislación además contiene una norma de ejemplar interés, cuando manda que los jueces *sunt dicere iudgar de cubo los pleytor, que ya non iudgador, mas d'entrier fazer compár* (Lib. II, Tit. 1; Lib. XII y XXV). Prima en dicho cuerpo legal el *crimen* que se debe respetar la ley y estar sometido a ella y que conviene a todos someterse a sus mandatos, y por eso ordena que sean penados los jueces que mandan tomar las cosas ajenas (Lib. II, Tit. 1, XXX); y si los jueces sobrepasan sus poderes interviene el Obispo cuando aquellos "juegan tuerto", y, de mantenerse la actitud del juzgador, es desplazado por la jurisdicción eclesíastica (idem, XXVIII). La realización de lo juzgado se realiza ante los jueces. Recordamos que el

este *Fuero Juzgo* no despusó el derecho romano, mas sí el *Fuero* de derecho germano.

No examinaremos la evolución que sufrió esta idea del ajustamiento de la ejecución a las palabras de la sentencia, en el rico contenido procesal español. Simplemente nos referiremos, en ajustada visión, a determinados aspectos que ofrece el asunto en las Leyes de las Partidas. En ellas se establece que los juzgadores han de ser acuciosos, para hacer cumplir sus juicios, que "su oficio non se ha de cumplir tan solamente

por palabra, mas aun por fecho" (Tit. IV Ley XV). En esa legislación se castiga el dafio que se hacia al deudor "engañosamente" y especialmente cuando aparecia obligado por más de lo que debía. De donde el jugador debía ajustar el cumplimiento de su fallo al monto establecido. La manera de cumplirlo se lo dispone en el título XXVII en varias leyes, y fundamentalmente en la Ley II, a la que remitimos al lector: en síntesis, cumplir mandando examinar lo que mandar cumplir, y esto lo debe hacer en forma llana, sin agravamiento y con buenas palabras, entregando al acreedor tanta cuantía según resultado de lo expuesto en el juicio. Y si el mismo se hubiese tramitado en rebeldía, pueden los jugadores ordenar la entrega o el cumplimiento de lo que se debe dar con ayuda de hombres armados y hacer cumplir su juicio "poderosamente", de manera que la justicia venza. Todo esto cuando hubiese juicio por razón de deuda que debiese el vencido; pero si se tratase de juicio dado sobre cosa cierta, entonces debe cumplir el juicio en aquella misma cosa, o sea la ejecución en natura (Ley III). Todo ello unido al principio de la congruencia.

Años atrás, en la publicación que insertamos en *Estudios en Honor de Añón*, dijimos: "En el derecho clásico español se ha progresado. Tenemos el pedimento de graciosa (véase Ayerregaray, *Ejecución de sentencia*, pág. 184); la espera quinquenal y las quitas a los cuales le sucedía el concurso de acreedores. Estas limitaciones de quita y espera respondían a finalidades sociales. Distinta finalidad perseguía la lesión por engaño de más de la mitad del justo precio obtenido y que podía el deudor deducir hasta cuatro años de la almoneda (véase Castro, *M. A. de Práctica Forense*, p. 433 y Estévez Ságuil, *Procedimientos Civiles*, etc., págs. 672-73). Igual situación respecto a los menores que tenían el derecho al beneficio de restitución (segunda puja, L. 5, T. XIX, pág. 6). Además en el Derecho Español había una garantía para el ejecutado: hecho el remate el deudor podía sacar los bienes del poder de quien los compeó o del acreedor que se los adjudicó, dando el precio dentro de tres días si muebles, y nueve si inmuebles (*Cursus Philologicus*, 2º, p., párrafo 22, Nº 183. Todas estas garantías eran correlativas. Exigíase, por ello, que si el ejecutado perseguía por más de lo que pedía, tenía como pena que devolver por duplicado el exceso (L. 9, T. 21, Lib. 3, R. C.) y para evitar estos perjuicios al actor juraba la deuda que cobraba, afirmando cuánto tenía recibido a cuenta y ejecutado por el remanente".

Estos principios son eternos y se reflejan en la idea de que el vencido no debe sufrir los vejámenes a que se siente inclinado el acreedor en toda contienda. Por ello se prohibió el ejercicio de la autojusticia como modo de resolver las diferencias entre partes. Y fue desterrada de la ejecución.

Mas andan los tiempos y renace a la vida el derecho romano, el cual irrumpe con la fuerza propia de la yerba quemada, que reaparece

luego con renovado vigor, y llegó a constituir el sustento de las mejores legislaciones, inclusive la contemporánea. La acción indicara romana, despreciada por la legislación germánica que propiciaba la ejecución antes del conocimiento, se encausó en tal forma que se crearon las primeras tendencias a la ejecución restableciendo el método lógico de conocer antes de proceder. Y remansó en la ejecución parata, asunto que hemos tratado en nuestro libro titulado *Introducción a la ejecución de sentencias* (Ed. Abeledo, Bs. As., 19 ). Tal manera de proceder fue manantial fecundo de enseñanza, y tuvo auge en Francia, España y Portugal. Fue solución largamente meditada, y así ya Bartolo —según Liebman (ob. cit., pág. 31)— afirmó de la ejecución: *non est incommodum ab executione*: es decir que seguía el origen romano. Este aspecto singular era obligado para quien quería pedir cosa acerca de la cual aún no había recaído condenación: estamos ahí al borde de la consagración de la teoría de la ejecución.

#### VI. — Aspectos expresivos en las legislaciones lusitana y brasileña

Para tratar este asunto tenemos al frente una monografía excelente y que hace honor a su autor, el profesor de la cátedra de derecho judicial civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, Celso Naves, y que publicó bajo el nombre *Das Arrevação de Real a Real* (Ed. Emp. Gráfica, 1938, San Pablo, 193 páginas). Nuestra exposición será una simple divulgación bibliográfica, que nada tendríamos que agregar a dicha ilustrada disertación. Ello es mejor, que de lo contrario el espíritu de su autor no podríamos dejar de mencionarla en todo momento. De donde nuestro desenvolvimiento será un extracto de su obra, a nuestro modo.

En derecho portugués, cuando apareció, lentamente fue desplazando las monumentales legislaciones vigentes según los anales históricos. El desparramo legislativo provocó la necesidad de unificarla, tarea que se encomendó a Fortunato de Almeida, quien en 1446 concluyó su codificación bajo el nombre de *Ordenações Afonsinas*. En el título 89, *Das Execuçoes*, que se fazem geralmente pelas Sentenças, se concretó la forma de intervenir los jueces en las ejecuciones, garantiendo al ejecutado el ofrecimiento de bienes a embargo para la ejecución, lo que se otorgaba habido el pronunciamiento con entrega de la posesión de todos los bienes del deudor a los fines del resarcimiento del acreedor. Se realizaba por venta (*arrevaçao*) o dados en paga a la parte (*adjudicaçao*).

Esa legislación fue reformada más o menos en 1511 por el Rey Don Manuel, quien integra las *Ordenações Manuêlas*, estatuyendo en nuestro asunto (Lib. III, título LXXXI) que debe presentarse al juzgador el pedido de ejecución, el cual, siendo requerido, manda con diligencia ejecutarla. Y se agregó en el título LXXV que, de mediar sentencia, solamente se podían vender tantos bienes como puedan bastar para el pago de la dicha deuda, y a que por ese monto se obligó y fue

condenado; más con respecto a otros supuestos no se podrían ciertos bienes vender, más arrendarlos si se cubren en cierto tiempo la deuda resultante. Estos bienes eran los morgador o capela (algo parecido a los aboliciones de comuneros y superficies, monasterios y capellanías españolas mayorazgos, etc.), que quedaban así inalienables.

El Regimiento Manuelino se incorporó a la Codificación Filipina que mandó elaborar Felipe II Rey de España y que aprobó desde Lisboa en fecha 11 de enero de 1563. En ella se ordenó que, habiendo sentencia, debía requerirse del juzgador la ejecución, previo embargo, y que no sería oído el deudor mientras no diera embargo hasta pagar libremente el valor de la cuantía de la condena (Lib. 3.<sup>o</sup> Tit. LXXXVI). Años después, la ley de 20 de junio de 1774 dispuso la adjudicación compulsoria de los bienes embargados que no hubieren encontrado licitante. Más, aun así, la adjudicación de ciertos bienes (oro, plata, etc.) era por su propio valor, sin reducción de ninguna especie. Y finalmente, esa misma ley estatuye expresamente respetar a los *prácticos dos arrematores de real por real*, y así realizó una veje institución que tuvo su origen en la legislación manuelina que autorizaba la adjudicación de los rendimientos (rentas). Las grandes instituciones nacen del medio ambiente: no se imponen por la fuerza, que tales triunfos nada valen. Y con semejante filiación irrumpe en la legislación brasileña.

La legislación filipina sentó sus reales en el Brasil, con ciertas modificaciones sobrevinidas en el transcurso del tiempo, hasta que dictó el Decreto 763 del 19 de septiembre de 1890. No nos referimos a ella, para concretarnos al tema de la monografía del catedrático Neves. Igual cosa con ciertas limitaciones a la ejecución. Con la Constitución Republicana del año 1891, las reformas otorgaron a los Estados la facultad de disponer en materia procesal, y así siguió hasta que se volvió al clásico sistema brasileño de la unidad de la legislación procesal que remató en el Código procesal para la Nación y que está en vigor desde el 1.<sup>o</sup> de marzo de 1940. Cayeron así muchos códigos locales y leyes federales. Y hoy impera el Código del año 1939 y, a más, la tradición como costumbre según normas concretas de su régimen normativo.

Neves, después de lo expuesto, considera el valor y sentido íntimo de la palabra *remate*, que atribuye a concluir, dar por finiquitado. Así lo entiende la legislación argentina cuando dice en su Código adelante o no hacer lugar a la ejecución (art. 498). Se aparta así este Código de lo dispuesto en la ley de justicia de paz de la capital, que dice *sentencia de trance y remate*, cuyo absurdo deriva de no saber que trance en España quiere decir llevar adelante la venta de lo empeñado o embargado. Esta palabra de "remate" viene del uso de los oficiales de justicia, que remataban y pregonaban "a quien diera más, sino remato" (*arremato*).

A continuación, Neves aprecia la naturaleza de este acto procesal. Se refiere a la teoría de Carnelutti: el dominio se transmite del ejecutado

para el ejecutante y se cambia de dueño, y así lo sustenta apoyándose en Chiovenda. Examina la teoría de la apropiación o poder de alienar, expuesta por Chiovenda. Considera en cambio más recta la opinión de Carneloni y trae a colación la teoría expuesta por Amílcar de Castro, que rechaza los principios del derecho privado y sostiene que la naturaleza del remate que éste, a veces, se remite a la doctrina y que el legislador mira los principios básicos del derecho civil; en el caso se a otros autores brasileños: consideran algunos que el remate y la compraventa, vistos los dos del lado del procesalista, es evidente que hay característica y se califica su naturaleza por la relación regulada. Cita una enajenación en ambos casos, lo que no es suficiente para asimilar ambos conceptos. La diferencia esencial reside en que, en el remate, no hay la voluntad del ejecutado para la venta. Desanuncia la teoría de la representación del deudor (Satta, Pugliati), tampoco es satisfactoria, no obstante el espaldarazo que trató de otorgarle Carnelutti. Recuerda el punto de vista de Liebman, Reconoce que no es fácil establecer la naturaleza del remate: de un lado hay un órgano jurisdiccional ejecutivo, por fuerza del cual la propiedad de los bienes del deudor para a un tercero. ¿Cómo se produce este fenómeno? Nada se puede hasta ahora establecer en concreto acerca de esta cuestión. El Estado vende lo que no es de su propiedad y para un tercero. Trata así, y es evidente, de satisfacer exigencias supremas de orden mediante un acto realizado de conformidad con la ley. Para evitar que pueda el propietario disponer de su bien, se inmoviliza ese derecho mediante el embargo. Por eso, Pugliati atribuye a este acto del remate un sentido de transferencia coactiva, con carácter público manifestando a través del poder jurisdiccional: así hay una venta forzada.

Liebman le atribuye como naturaleza la de ser un acto unilateral del órgano jurisdiccional, el cual, en el ejercicio de su función, transfiere a título oneroso el derecho del ejecutado para otro, cuyo acto de transferencia coactiva es típicamente un acto procesal ejecutorio. Transcribe la síntesis hecha por Pontes de Miranda (*Comentarios ao Código de Processo Civil*) (Vol. VI, p. 266), de provechosa lectura. Neves se refiere a Mario Guimarães de Souza, quien atribuye al remate la naturaleza propia de ser una disciplina procesal por su carácter indisciplinable de derecho público.

En tales condiciones, le es fácil a Neves entrar a explicar la esencia de la *Arrematação de real a real* que traduciríamos en remate de peso a peso; pero también podríamos mantener el sentido y decir subasta de real a real. En España había una moneda de valor de treinta y cuatro maravedíes, la misma que hoy se denomina real de vellón, para distinguirla del real de plata; también real distingue una moneda antigua castellana de plata y que circuló en tiempo de los Reyes Católicos. Este recuerdo existe en una expresión española: un real sobre otro, o real sobre real, es decir pagar al contado, o sea sin faltar un maravedí.

El más completo expositor sobre el asunto fue Alejandro Costano Gomes, quien escribió antes de la ley de 1774 al referirse a la Ordenanza Filipina. La esencia del remate de real a real es que el acreedor rematante cobra al vender parte de los bienes y descuenta ese producido su deuda, de donde cobra primero sobre los frutos o réditos. Está obligado por el juez el rematador a vender respetando ese principio; y comenzaba a cobrarse el acreedor con los rendimientos, lo que importaba el pago por partes; consecuencia es que si se embargaron los frutos no puede vender la cosa, pues eligió, y es su ánimo, el hacerlo sobre los frutos. Puede obligarlo a ello el juzgador y en ese caso no remata esos réditos en precio cierto, y así se cobra real por real, peso por peso. El acreedor, así, puede cobrarse en breve tiempo por arrendamiento del predio, lo que le facilita el no tener que cobrar en cuotas muy menudas. Se cobra por real y se descuenta de la deuda por cada real que se cobra. Y se llama a ese remate porque se empieza a cobrar acabado que se haga el pregón para el remate. Se supone que se remata, porque es una manera de terminar la ejecución.

En concreto, esta modalidad para cobrarse el acreedor es la atribución judicial de las rentas al acreedor, era voluntaria y se utilizaba cuando no había quien comprase el bien; se le acordaba por eso el carácter de irrevocable. Los bienes, dicen ciertos autores brasileños, quedaban en administración bajo depósito, asumiendo el acreedor ejecutante los caracteres de una anticresis en la ejecución. Según ese sistema, puede el ejecutante ajustar la adjudicación, o *pro suo* (pago íntegro) o *pro solvente* (pago a cuenta). No se adjudica real por real, sin mediar orden de remate. Resulta, por lo tanto, que por el remate ocurre una conversión objetiva de bienes en dinero; por adjudicación se opera una sustitución subjetiva en la propiedad de los bienes penados o embargados.

Neves sostiene que no hay en la orden de remate conversión de bienes en dinero, y no hay transferencia coactiva. Y no incluye por ello la adjudicación. Concluye expresando que la institución que estaba estivo en embrión en el siglo XVI, y la aprovechaban los acreedores para cobrarse sus réditos por los rendimientos producidos por los bienes embargados. Y se fortaleció con respecto de los bienes que se embargaban y estaban sujetos a la cláusula de inalienabilidad, y cuyo asunto se relaciona con los bienes de las Iglesias y conventos. Y luego se incorporó por la ley de junio de 1774 como figura del derecho procesal. El viejo principio lusitano pasó al Código de Procedimientos del año 1939 como regla 982; si el ejecutado concuerda, se podrá requerir que en vez del remate de los bienes embargados, se le adjudiquen sus rendimientos, procediéndose en el caso a su evaluación y al cálculo del tiempo necesario para solventar la deuda. De estar los bienes arrendados, esas rentas, mediante intimación, se entregarán al acreedor adjudicatario. El acreedor adjudicatario es considerado como anticresista y responde por los rendimientos que por su negligencia dejare de cobrar.

Esta adjudicación de las rentas no impide el derecho a la posesión del inmueble durante el plazo acordado para la adjudicación.

Depende, entonces, este medio de cobrar, de la ausencia del deudor. Más, aun mediando oposición del deudor, puede el juez concederle coactivamente si rechazan las razones del ejecutado o si hubieran bienes que no pueden enajenarse (como también bienes inembargables).

Y así la historia. La modalidad descripta imperaba por costumbre antes de 1774; fue una construcción consuetudinaria. Y con tal carácter continúa siéndolo. Participa del carácter de negocio procesal. Hoy no tiene aceptación concreta y específica en la legislación brasileña. Se rige por la tradición y la costumbre como elaboración judicial de que el acreedor debe cobrar con el menor daño posible al deudor. Y se utiliza corrientemente.

## VII. — Conclusión

La historia del cumplimiento de las sentencias puede decirse que nace con la posesión y aprovechamiento de la persona del deudor; luego con la posesión y venta de todos los bienes del deudor; posteriormente se pasa a la realización parcial y suficiente de los bienes del deudor para satisfacer al acreedor. Y finalmente sólo se autoriza que se ejecute por embargo lo bastante para la ejecución cabal y precisa de la sentencia, lo que requiere se embargue lo suficiente con tasación simultánea. Y, en último extremo, con orden de suspensión el remate una vez cubierto el ejecutante en su crédito o de no rematarse si cabe una realización menos onerosa.

En la fuente de la tradición española y portuguesa encontraremos siempre fecundos y maravillosos antecedentes para formar nuestro derecho. Nunca podemos desplazar de nuestro alarido el cúmulo de potencias consuetudinarias que no llegaron a concretarse en reglas formales de derecho. Pero ellas están inspirando nuestra conducta, como ángeles tutelares. La doctrina y la legislación italiana, tan mentadas, y que contienen restricciones a la ejecución de sentencias, nada son ante las gemas de nuestro pasado común argentino y brasileño. En cualquier aspecto que examinemos la ascendencia común lusitana e hispánica, encontraremos la explicación de muchas instituciones actuales. Por ejemplo, el aspecto tan característico del despacho saneador incorporado a la legislación brasileña, con entroncamiento directo en la portuguesa, revela toda una política orientadora procesal. Así como los brasileños llaman a los camaristas, *desembargadores*, con el contenido tradicional que significa limpiar y sacar obstáculos y estorbos, que se refiere también al "*embargo das considerações*", (recurso de aclaratoria), tiene también su existencia en la legislación española. Así en las Partidas III de la Legislación Alfonsina se consagra como título

esencial el siguiente: "Que habla de la justicia, e como se ha de fazer ordenadamente en cada logar, por palabra de Juyzio e por obra de Fechos para desumbargar los Pleitos". En el mismo texto, en la Primera Ley se habla que los jueces tienen fuerza para ir contra los que la quieren romper (es decir quitar o apartar), o embargar, si examináramos paralelamente ambas legislaciones, las similitudes serían acerpudentes. Las raíces de las legislaciones brasileñas y argentinas son comunes. Y sobre este cimiento se construyen las bases de la sólida amistad que existe entre estos grandes estados sudamericanos.

Los aspectos del derecho que hemos expuestos, son reflejo de la historia de la humanidad y sólo se consiguieron ciertos resultados por la intervención de la jurisdicción, que nos lo podía dar el espíritu cristiano, tan interesado entre los que descienden de las divinas enseñanzas del nazareno. La historia demuestra que la evolución de la humanidad ha sido pasar de la acción y del secuestro privado del bandidaje y violencia, a las refinadas modernas, con sus presiones psicológicas y luego materiales. De la justicia privada, materialmente ejercida, hemos pasado a la justicia pública realizada bajo vigilancia del juez, y así se protegen por igual al acreedor y al deudor. No se puede causar daño ni a uno ni a otro, y si al particular le está prohibido ejercer su derecho en abuso de pretensión, también se lo está prohibido al juez. Al olvidar estas directivas, se violan los derechos del hombre. No puede haber ninguna ejecución ni realización ejecutoria si no es mediante la existencia de un título. Si bien es cierto que hace tiempo que la formación del título ejecutivo se emancipó de la intervención judicial, tiene ese título ejecutivo voluntario la misma eficacia que la sentencia y en ambos su valor característico se reflejó en la legislación española de 1855 cuando refundió el juicio ejecutivo y la ejecución forzada de la sentencia.

Una deducción interesante que señalar es la que resulta de la prohibición de ejecutar las sentencias dadas contra el Estado. No cabe su ejecución, y solamente tienen efecto declarativo, con la única excepción de las ejecuciones por expropiación, atendiendo la garantía constitucional de la propiedad. Pero nos parece que si no se pueden ejecutar en natura los bienes del Estado, por su carácter de inenajenabilidad, cabe la realización de condenas cuando el Estado interviene como persona privada, dirigiéndole hacia las rentas generales de la Nación. Tal es la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Al caer el imperio romano un acreedor ejecutó su deuda contra el Estado y se dio el lujo de comprar en subasta el globo terráqueo. Por supuesto que no lo pudo gozar. Pero este síncoma prueba que tales excesos, más que dramáticos, son rasgos de buen humor.



## ALGUNOS ASPECTOS DE LA EVOLUCIÓN DE LA RENTA NACIONAL ENTRE LOS AÑOS 1952 Y 1963

Por Jorge Rodríguez Mancini

I. La evolución sufrida por la renta nacional en los últimos diez años, justifica por sí sola una investigación que trata de poner de relieve las causas de sus altibajos. Pero a esas razones de orden científico y práctico por demás conocidas y que se vinculan con la apreciación lo más aproximada posible de la medida del bienestar económico, se agrega en este momento una circunstancia que entiendo explica la razón de preparar un trabajo de síntesis documental como el presente. En efecto, ante la publicación casi simultánea —con separación de apenas dos meses— de nuevos datos relativos al producto e ingreso nacional, originados en investigaciones independientes, que representan revelaciones importante en relación con los datos manejados hasta ahora, puede resultar de utilidad la comparación de los nuevos guarismos con los anteriores mostrando, además, el origen de las diferencias según los expertos de los organismos de investigación económica.

Considero que aprovechando el manejo de estas publicaciones, es interesante también señalar de qué modo se han distribuido los ingresos (distribución funcional), ya que ello constituye una pauta importante para la apreciación de la política económica.

Es obvio aclarar que los agregados económicos a que vamos hacer referencia sólo comprenden un aspecto parcial de las tendencias macro-económicas, no porque no nos interesen las otras cuentas y sus integrantes, sino porque el nivel de la tarea propuesta exige aquella limitación.

II. Comenzaremos por indicar cuáles son las fuentes que se han utilizado en este trabajo:

- a) Para los datos anteriores al año 1955, la publicación de la ex-Secretaría de Asuntos Económicos "Producto e Ingreso de la República Argentina 1935-1954".
- b) Boletín Estadístico del Banco Central de la República Argentina.

- c) *Memorias Anuales del Banco Central de la República Argentina.*
- d) "Producto Bruto Interno de la República Argentina, años 1950-62". Suplemento del Boletín Estadístico, N° 2, febrero de 1964. Banco Central de la República Argentina.
- e) "Cuentas Nacionales de la República Argentina. Resumen de los resultados provisionales de la primera parte del Programa de Investigación CONADE-CEPAL sobre "Distribución del ingreso en la República Argentina", editado por el Consejo Nacional de Desarrollo, abril 1964.

III. Resulta oportuno destacar que la publicación citada en el punto e) adquiere fundamental importancia si se tiene en cuenta que desde hace varios años los datos referentes al Producto o Ingreso Nacional, son suministrado por el Banco Central de la República Argentina a través de su Boletín Estadístico mensual y sus Memorias Anuales. Sin embargo, con motivo de haberse observado con el correr del tiempo, que las estimaciones realizadas por el Banco —que actualizaban las series publicadas originalmente por la ex Secretaría de Asuntos Económicos en el estado mencionado en el punto a)— presentaban limitaciones que hacían aconsejable una revisión, el Banco programó trabajos destinados a obtener datos nuevos del producto bruto interno, según sectores de actividad económica de origen, sin entrar en el aspecto relativo a la distribución funcional del ingreso y a la utilización del producto.

Simultáneamente el Consejo Nacional de Desarrollo, en colaboración con la Comisión Económica para América Latina, acometió la tarea de ajustar aquellas series, especialmente en los aspectos que más diferencias aparentaban, como las correspondientes a los sectores de la industria manufacturera cuyo índice de volumen físico no respondía a la realidad y agregó además, nuevos datos que permitieron reajustar los sectores agropecuario, industrias, comunicaciones, electricidad, gas y agua, bancos y seguros, etc.

Como resultado de estas investigaciones contamos ahora por una parte, con una revisión del Banco Central, publicada en el suplemento mencionado en d) que incluye nuevos datos sobre producto bruto interno y su origen sectorial, que aún está sujeto a ajustes por no haberse incluido, p. ej., alguna parte del sector agropecuario.

Por otro lado, tenemos la publicación del Consejo Nacional de Desarrollo a que hicimos referencia, la cual presenta indudablemente novedades de importancia y que además reviste mayor utilidad si se tiene presente que el Banco Central ha suspendido la publicación de datos referentes a la utilización del producto y asignación de ingresos entre factores que antes incluía en su Boletín Estadístico.

IV. Evolución del Producto Bruto Interno según costo de factores a precios corrientes (en millones de pesos).

**PRODUCTO BRUTO INTERNO SEGUN COSTO DE FACTORES A PRECIOS CORRIENTES**

(en millones de pesos)

Año	BCRA	CONADE	Res. BCRA
1952	93.347	106.179,6	103.013
1953	105.473	120.362,7	117.838
1954	117.048	135.641,2	132.225
1955	139.310	165.474,7	156.499
1956	170.102	201.555,4	186.962
1957	213.825	258.933,6	247.847
1958	266.854	325.806,4	305.441
1959	346.800	409.325,9	392.731
1960	413.034	504.327,2	476.034
1961	547.000	1.075.039	1.056.012
1962	1.031.760	—	1.215.366

**V. — Distribución Funcional del Ingreso**

Detallaremos en el cuadro siguiente las cifras correspondientes a los ingresos percibidos por los dos grandes grupos en que se dividen los factores productivos en esta clase de cuadros: los empresarios, trabajadores por cuenta propia, profesionales, propietarios e "intereses" por un lado y los trabajadores en relación de dependencia por otro, incluyendo en los ingresos de éstos los aportes patronales y personales a las cajas de previsión.

- a) En primer lugar tenemos los datos tomados de los Boletines Estadísticos y Memorias Anuales del Banco Central de la República Argentina hasta enero de 1964 que suministran elementos estadísticos hasta 1962. Como ha quedado señalado más arriba, la rectificación confeccionada por el Banco y publicada en el Suplemento del Boletín Estadístico no alcanza a estas cuentas.

A continuación de la columna que indica el porcentaje de participación de los asalariados en el Producto Bruto Interno, agregamos el índice de participación de los asalariados en el Ingreso Neto Interno como dato complementario que corrobora la tendencia a la evolución.

Los datos hasta 1954, corresponden siempre a la publicación señalada con la letra a) en el párrafo II, y los de la columna V fueren tomados de la Revista Panorama de la Economía Argentina, Nº 23. Las cifras corresponden a millones de pesos corrientes y el Producto Bruto Interno (columna III) es según costo de factores.

### DISTRIBUCION DEL PRODUCTO BRUTO INTERNO

Partes corrientes según costo factores (en millones de pesos)  
Rectificación del B. C. R. A.

Año	I Ingreso de empresarios, etc.	II Ingreso de asalariados	III	IV	V
			Total P.B.I.	% asalariar de P.B.I.	% s/2.N.I. 1955-60=100 N.I. pesos.
1953	42.370	50.377	93.147	54,3	118,7
1954	49.599	56.983	105.473	53,3	113,2
1954	51.091	63.957	117.948	54,6	118,1
1955	66.394	72.916	139.310	52,3	112,7
1956	83.706	86.396	170.102	50,8	110,9
1957	109.324	106.469	215.823	49,3	108,6
1958	151.908	154.949	306.854	50,4	110,7
1959	316.083	259.717	566.800	44,2	98,5
1960	397.701	317.333	715.034	44,3	97,9
1961	451.494	393.307	847.990	46,6	102,2
1962	550.899	480.861	1.031.760	46,6	102,2

b) Veamos ahora la misma estadística sobre la base de los datos publicados por el Consejo Nacional de Desarrollo.

Resulta oportuno destacar cuál es el concepto que se ha tenido en cuenta en dicho organismo para agrupar en la cuenta del ingreso y producto la parte correspondiente a remuneración de los asalariados. Según lo señala el texto referido, comprenden los sueldos, jornales, primas, bonificaciones, comisiones, gratificaciones, indemnizaciones, participación de utilidades, propinas y otras formas de ingresos en dinero, en especie (calculados antes de deducir el aporte personal jubilatorio y el impuesto a los réditos), percibidos por los trabajadores en relación de dependencia. Se computan también los aportes patronales a las cajas de previsión. No comprenden en cambio imputación por valuación del trabajo personal de los trabajadores independientes.

Al igual que en el cuadro anterior, hemos adicionado una columna (V) con datos de participación de los asalariados en el Ingreso Neto Interno. Aquí se trata de porcentajes que como puede observarse, difieren de los de la columna IV, que han sido tomados sobre el Producto Bruto Interno según costo de factores.

Sin embargo, resulta interesante la coincidencia de sus variaciones. En este aspecto de la investigación el Consejo sólo ha llegado a 1961.

#### CONSEJO NACIONAL DE DESARROLLO

Año	I Ingreso Capita- l y empresas	II Acelerados	III F.B.I.	IV % aceleración	V % d/I.N.E.
1952	52.579	53.600,6	106.139,6	30,3	61
1953	61.316,3	58.846,2	120.362,7	48,9	59,2
1954	68.009,9	67.640,5	133.641,2	49,9	60,7
1955	86.700	76.734,7	163.434,7	47	57,9
1956	107.583,5	93.370,1	201.333,4	46,4	57
1957	142.865,4	116.070	258.955,4	44,8	55,8
1958	201.793,4	174.013	375.806,4	46,3	56,9
1959	423.057,6	386.388,3	789.325,9	40,4	50,6
1960	533.943	370.382,2	904.327,2	41	50,5
1961	613.430	463.609	1.075.039	43,1	52,5

VI. Como elementos de juicio complementarios que permiten una justipreciación más perfecta de la evolución de la renta en nuestro país, reputo necesario incluir los datos referentes al ingreso nacional real considerado con relación al número de habitantes. En tal sentido, presenta aspectos notables su comparación con los correspondientes a otros países, de los cuales si bien nos separa una notable diferencia de desarrollo económico, podemos tomar seguramente ejemplo.

#### INGRESO NACIONAL REAL "PER CAPITA"

N. I. 1950=100

Año	Alemania	Italia	Japón	Argentina
1952	118	108	118	92
1953	123	116	124	93
1954	132	122	126	96
1955	146	129	138	100
1956	155	134	147	98 (1)
1957	161	142	159	100
1958	164	146	157	101
1959	172	157	184	94
1960	185	167	206	

(1) Ver corrección del B.C.R.A. y CONADE que denuncian un aumento en vez de disminución.

Fuente: Naciones Unidas, Statistical Yearbook, 1961.

Tomando de la actualización preparada por el Banco Central (Suplemento), podemos observar la evolución del Producto Bruto Interno per cápita que representa otra forma de analizar el mismo fenómeno que ha sido reflejado en el cuadro precedente.

### PRODUCTO BRUTO INTERNO "PER CAPITA"

N. 1. 1960 = 100

1952	85,7
1953	87,7
1954	89,4
1955	93,6
1956	93,2
1957	96,7
1958	101,8
1959	94,3
1960	100
1961	105,2
1962	101

Como hecho digno de ser puesto de relieve, destacamos la disminución sufrida en el Producto Bruto Interno de 1962, con relación al de 1961 que es del orden del 4,2 % según estos guarismos. Su importancia fue señalada oportunamente por diversas opiniones autorizadas entre las que podemos mencionar la de la Oficina de Estudios para la Colaboración Económica Internacional de FIAT (El nivel de la economía argentina en 1952. Cálculo del producto bruto mayo y diciembre 1962). En esta publicación aparecida al finalizar el año bajo estudio, se estimaba dicha norma en 4,3 % agregando que si bien pudo no aparecer elevada frente a la impresión que se recogía de la experiencia diaria de esos meses, debían tenerse en cuenta para valorarla debidamente, varios factores, como la reducción de ciertas actividades parciales mientras otras del mismo sector o de otros, se mantenían constantes o aumentaban; o la traslación de ingresos del sector industrial al agropecuario como consecuencia de la elevación mayor de los precios de ese último sector con relación al primero. Ello explicaba —según los expertos de FIAT— una reducción de más del 50 % en el volumen de la producción de algunas industrias y una reducción general muy superior al índice de reducción del producto, observable en los salarios reales y en las ganancias reales del sector industrial. "Al recaer la contracción en mayor medida en la industria, que proporcionalmente ocupa más mano de obra que otros sectores, la reducción señalada en el producto bruto implica una merma mucho más acentuada en el grado de ocupación. Además, —y en parte como consecuencia del reequipamiento— la baja de producción se opera en muchos casos paralizando

maquinarias o secciones productivas de mayor empleo de mano de obra que otras, que se mantienen en producción”.

VII. Examinaremos ahora los datos referentes al Producto Bruto Interno computador y precios constantes de 1960. Poseemos al respecto información actualizada proveniente del Banco Central de la República Argentina y del Consejo Nacional de Desarrollo. Este último organismo señala en su publicación, que hemos utilizado hasta ahora en este trabajo, que la valuación a precios constantes de las corrientes de bienes, de servicios de factores y de transferencias que componen el sistema de cuentas nacionales, presenta serios problemas conceptuales y de estimación que han obstaculizado el desarrollo de esquemas completos y articulados. Los trabajos en este campo se han circunscripto principalmente a la expresión a precios constantes de las corrientes de bienes donde las dificultades conceptuales y de estimación son menores. En el caso de la publicación de CONADE el índice del producto bruto real — esto es a precios constantes— resultó de ponderar los índices de volumen físico de producción de cada sector por los respectivos valores agregados del año base, en el caso, 1960.

**PRODUCTO BRUTO INTERNO A PRECIOS CONSTANTES  
DE 1960 A PRECIOS DE MERCADO (en millones de pesos)**

Año	S.C.R.A.	1960=100	CONADE	Nº 1960=100
1952	687.635	72	724.290,2	73,5
1953	735.387	77	768.634,5	78
1954	764.028	80	805.095,3	81,7
1955	815.611	83,4	864.221,1	87,7
1956	828.027	86,7	883.929,6	89,7
1957	875.779	91,7	926.305,1	94
1958	959.767	98,4	975.574,5	99
1959	885.329	92,7	930.244,8	94,4
1960	955.048	100	985.479,1	100
1961	1.024.767	107,3	1.043.569,1	105,9
1962	998.980	104,6	1.009.079,1 (1)	102,4
1963	870.020 (*)	91	961.778,5 (1)	97,6
1964	921.240 (*)	96,4	—	—

(1) Se trata de cifras provisionales sujetas a revisión.

(\*) Estimación conjetural suministrada en el informe presentado por el Ministro de Economía, doctor Eugenio Blanco como respuesta al pedido de informes de la Cámara de Diputados sobre las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo con relación a la situación económica y social del país (Publicado en el diario “La Prensa” del 24/VI/64). Obsérvese la caída del producto a partir de 1961 hasta 1963 y la prudencia de las cifras esperadas por la dirección económica para el año presente que no alcanzarían siquiera el nivel de 1962.

Considero que las explicaciones desarrolladas por los expertos de FIAT con relación a la baja del volumen de producción del año 1962 resultan aplicables a los posteriores periodos y constituyen el resultado esperado de las medidas de orden económico y especialmente monetario y crediticio adoptadas durante aquel año.

Por lo visto tampoco el cambio de política monetaria operado en 1963 antes de asumir el poder las nuevas autoridades y continuada por éstas —instrumentada incluso con una reforma a la Carta Orgánica del Banco Central— no tuvo como resultado la recuperación económica. Parecería que el riesgo denunciado por la Comisión Honoraria de Reactivación Industrial a fines de septiembre del año no hubiera sido tenido en cuenta o que las dificultades resultaron insalvables: "un aumento indiscriminado del poder adquisitivo, sin guardar recaudos especiales, no se traduciría en una mayor actividad económica (más producción, más ocupación y más consumo), sino que una gran parte de la demanda adicional iría a esterilizarse en mayores precios de la producción actual y en mayores salarios de quienes hoy están ocupados; sin que lograsen los empresarios mayor producción o ganancias, ni los trabajadores mayor ocupación o consumo".

VIII Una última reflexión creo que merece la novedad legislativa representada por la sanción de la Ley 16.459 que establece el salario vital mínimo móvil. Desde ya que no se me escapa que el análisis de esta institución reborda los alcances de este estudio sobre la evolución de la renta. Sin embargo, considero que un aspecto muy importante de la nueva norma está representado por la operatividad en la reactivación económica que a la institución del salario mínimo vital móvil le ha sido atribuido por el Poder Ejecutivo, autor del proyecto originario. Así se desprende del mensaje que acompañó el proyecto (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, Sesiones extraordinarias, 1964, pág. 2995). De dicho texto pueden extraerse las siguientes conclusiones atinentes al tópico que nos ocupa: a) durante los últimos años ha disminuido paulatinamente la participación del sector laboral en el productor nacional; b) ese proceso ha ido acompañado con el languidecimiento de la economía general de la Nación, la paralización de sectores importantes de nuestra industria y la desocupación; c) una redistribución del ingreso "con sentido social" permitirá restituir a los trabajadores los niveles de participación que ya habían conquistado e incrementar la demanda para poner en funcionamiento los dispositivos ociosos y absorber la mano de obra desocupada; d) la formulación legal que regirá la institución debe ser precedida de un estudio integral de sus peculiaridades y de las posibles repercusiones económicas de carácter general para prevenir un efecto inflacionario; e) como consecuencia de lo expuesto se deduce que el Poder Ejecutivo concibe la fijación del salario mínimo, vital y móvil como un medio de redistribución que tendrá los efectos enunciados. Debe aclararse que si bien la ley 16.459 no resultó ser la sanción del proyecto del P. E., sus

características fundamentales en punto a lo que venimos desarrollando, no difieren con aquella iniciativa.

No es ésta, sin embargo, una posición acogida por la generalidad de los economistas. Son conocidas las críticas llevadas contra el denominado "argumento sindicalista" según el cual la manera de salir de la depresión es elevar los salarios monetarios. Reiteradamente se ha señalado que el alza de los salarios incrementará los costos y los precios en una medida que contrarrestará el aumento nominal del poder adquisitivo. Los salarios reales permanecerán en el mismo nivel. Dentro de la tesis keynesiana no puede haber aumento de empleo si no hay un aumento de inversión suficiente como para cubrir la diferencia entre el incremento de renta y el incremento de consumo y no hay nada en la naturaleza de un aumento de salarios que estimule la demanda de inversión (Dalliard D., *La teoría económica de J. M. Keynes*, Aguilar, 1960, p. 221). Pero no es el fin de este trabajo formular una crítica técnica de la ley y sobre todo de las intenciones de sus promotores. Entiendo que otro argumento más valioso y real está constituido por la demostración llevada a cabo por el doctor Carlos Moyano Llerena acerca de la inexactitud de la base conceptual de la que se parte para buscar una nueva y mejor redistribución de la renta. Según el economista citado (El salario vital móvil y redistribución de los ingresos, Conferencia del día 12/V/64) las causas de la reducción de la participación de los asalariados a partir de 1939 tiene su origen en la eliminación de diversos factores de política económica, de redistribución de ingresos que venía manteniéndose desde 1947/9, hasta aquella fecha, y que demostrarían que la inflación no ha sido la causa determinante de los cambios en la distribución de los ingresos.

Si esto fuera exacto la transferencia de ingresos hacia el sector de los asalariados no podría lograrse por medio de un aumento de salarios como el propuesto y aprobado por cuanto se estará utilizando medios que a juicio de Moyano Llerena son enteramente ineficaces par el fin buscado.

Los puntos fundamentales señalados en esta crítica son:

1º — Que el aumento de la participación de los asalariados en el ingreso nacional no se hizo elevando sus salarios a expensas de los empresarios, sino mediante la intervención directa del Estado a través de controles y subsidios en diversas fases del proceso económico nacional (control de cambios, subsidios directos, p. e. al azúcar y a la carne, tarifas deficitarias en servicios públicos, tasas de interés bancario inferiores a las del mercado, alquileres y arrendamientos congelados, papeles estatales reducidos a sus servidores, jubilados y pensionados, etc.).

2º — Que ese aumento tuvo lugar a expensas de los ingresos de otros grupos sociales (productores agropecuarios, empresarios, rentistas, jubilados, pensionados y ciertos trabajadores independientes y pro-

fesionales y aún dentro de la categoría de asalariados se produjo una capital nacional y sus reservas anteriores.

3º—Que todo ello originó diversas dificultades en la economía nacional, principalmente en el balance de pagos, que fueron juzgadas insosteniblemente por parte del gobierno nacional y condujeron a las medidas del Plan de Estabilización (1959) que se adoptaron (equivocadamente o no), para remediar esas mismas dificultades.

4º—Que esas medidas tendientes a "liberalizar", la economía, consistieron fundamentalmente en la eliminación de controles y su subsidio y fueron la causa inmediata de la baja de la participación de los asalariados en el ingreso nacional a partir de 1959.

Repito que si este planteo es válido, la forma de recuperar la posición conquistada por los asalariados en la distribución del ingreso, no podrá ser un simple aumento de salarios.

Destacaremos un párrafo de la conferencia porque resume el pensamiento que venimos orientando y a la vez contiene una argumentación que rebate el planteo teórico acerca de los efectos incesivos de la demanda. "El impulso inflatorio inicial podrá estimular una economía sin plena ocupación, pero una vez alcanzada ésta se tornará en una fuerza negativa sin ninguna ventaja económica, y que no puede detenerse en virtud de la misma movilidad. A medida que se va aproximando la ocupación plena, el efecto que se produce cada vez más, es el de incrementar los precios, y cada vez menos el de aumentar la ocupación". Es en este punto en el que las cláusulas de escala móvil se vuelven peligrosamente inflacionarias( Alvia H. Hansen "Guía de Keynes" Fondo Cultura Económica 1957, p. 172). "Si se cree necesario emitir dinero para reactivar la economía, se lo puede hacer con expedientes transitorios sin necesidad de recurrir a un sistema que asume carácter de permanencia y que es de por sí extraño al propósito inmediato".

Dejé expresamente a salvo al comienzo de este acápite que la institución del salario mínimo, vital, móvil implica una variedad de aspectos —jurídicos, morales y económicos sociales— que no podían ser abarcados aquí, pero debo ineludiblemente hacer referencia —no más que su mención— a la faz vinculada con la justicia o injusticia subyacente en la actual distribución de los ingresos de nuestro país, tomando en cuenta para ello las pautas de necesidades vitales, mínimas de innumerables familias argentinas. En tal sentido, la medida dispuesta al fijar un salario mínimo vital para el grupo familiar puede representar una tentativa de solución a ese urgente problema aunque, como queda expresado más arriba, es indudable que el mismo medio no puede ser idóneo para dos fines distintos: el de justicia y el de reactivación económica.

## ENSAYOS



## ESQUEMA JURIDICO DE LA NULIDAD PROCESAL

POR ENRIQUE OSCAR SOLER

### I — Introducción

**SUMARIO:** I: INTRODUCCION: 1º: Importancia técnica jurídica de su estudio; 2º: El proceso, el procedimiento y el acto jurídico procesal; 3º: Clasificación de los actos jurídicos procesales; 4º: Caracterización; 5º: Sus elementos; 6º: Sus vicios. — II: CONCEPTO DE ACTO PROCESAL NULO: 7º: Significado etimológico y actual; definiciones de nulidad procesal; 8º: Acto nulo, inexistente e inane; 9º: La nulidad en nuestra legislación: nulidades implícitas; 10º: Sistemas del derecho comparado. — III: OBJETO, FINALIDAD Y SUBSANACION DE LAS NULIDADES PROCESALES: 11º: Objeto y finalidad; 12º: Subsanación, renovación, convalidación y saneamiento; 13º: Nulidades absolutas y relativas; 14º: Distinciones doctrinarias; 15º: Síntesis. — IV: MEDIOS PARA HACER VALER LA NULIDAD: 16º: Generalidades; 17º: Por vía de acción; 18º: Por vía de excepción; 19º: Por vía de incidente; 20º: Presunción del incidente de nulidad; 21º: Análisis del art. 49 de la ley 14.317; 22º: Reforma propuesta; 23º: Incidentes; 24º: Por vía de recurso (\*).

1. — Hasta la segunda mitad del siglo pasado, se carecía de nociones independientes de la disciplina del proceso —según lo destaca el procesalista español Manuel Morón Palomino— no existía disciplina del proceso, más que de proceso se hablaba de procedimiento y en contraposición con el derecho sustantivo se lo denominaba derecho objetivo, y como consecuencia el derecho procesal era considerado un servidor del derecho sustantivo.

Recién a mediados del siglo anterior se inicia por parte de la doctrina jurídica procesal la consideración del proceso como disciplina autónoma que culmina con Couture, cuyo pensamiento analizaremos

en su oportunidad. Es a partir de Bülow que el proceso y el derecho que lo regula y condiciona se hacen objeto de una verdadera ciencia.

En los estudios modernos cobra preferente atención el análisis de los actos procesales pues al aislar este concepto resulta más sencillo llegar a clasificaciones precisas y sistemáticas de la materia. Es así, como se podrá apreciar en el transcurso del presente, que se habla y se define el acto procesal de los actos procesales de las partes, del tribunal, de los terceros, de los vicios de los actos procesales, de sus defectos, etc.

La importancia teórica del estudio de las nulidades en el proceso reside en que "a la tesis del acto procesal se opone la antítesis de su ineficacia" (1). Y con respecto a su importancia docente comenta Gelsi Bidart (2) "El tema de las nulidades reviste gran importancia en derecho procesal, porque es un medio indirecto de conocerlo mejor, del mismo modo que el método patológico empleado en algunas disciplinas para aprender los caracteres normales de su objeto y, según alguna corriente metafísica, como la consideración de la nada permite captar al ser".

2. — El proceso —cómo lo destaca el procesalista rioplatense Eduardo J. Couture (3) es la totalidad, la institución, el procedimiento la sucesión de los actos procesales tomados en sí mismos son procedimiento y no proceso.

El acto, considerado individualmente es una unidad, el procedimiento una sucesión de actos procesales y el proceso es el conjunto de tales actos dirigidos hacia la realización de los fines de la jurisdicción.

En otros términos: el procedimiento es una sucesión de actos; el proceso la sucesión de esos actos apuntada hacia el fin de la cosa juzgada.

"El acto procesal, —pursigue el autor citado— es una especie dentro del género de los actos jurídicos; un acto jurídico dirigido a la obtención de fines procesales".

El acto procesal es ante todo, un acto jurídico, un acto voluntario lícito con efectos de derecho y por eso es acto jurídico procesal.

3. — Teniendo en cuenta la clasificación del procesalista citado

1 FALCÓNICO, MANUEL MORÓN: "La nulidad en el proceso civil español", p. 19.

2 GELSI BIDART: *Revista de Der. procesal*, los números de 1948, p. 99.

3 COUTURE, EDUARDO: "Fundamentos de Derecho Procesal", p. 101.

los actos procesales se pueden dividir en a) actos del tribunal; b) actos de las partes y c) actos de terceros.

- a) *Actos del tribunal*: son los emanados de los agentes de la jurisdicción y a su vez pueden ser actos de decisión, comunicación y documentación (ej.: providencias judiciales, notificaciones, actos de audiencias, respectivamente).
- b) *Actos de las partes*: como surge de su denominación, son los tendientes a obtener la satisfacción de las pretensiones. Según que tiendan a ello o que se refieran al derecho material cuestionado en el proceso, o a los derechos procesales particulares se los considera actos de obtención y actos dispositivos respectivamente.

Los actos de obtención pueden ser de petición, de afirmación o de prueba y los dispositivos de allanamiento, desistimiento o transacción.

- c) *Actos de terceros*: los que resultan de la intervención de terceros en el proceso y pueden ser de prueba, decisión o cooperación.

4. — Como se puede observar, de acuerdo a la clasificación que hemos efectuado, siguiendo a Coustaut, los actos procesales son los que se cumplen en el proceso, por el órgano jurisdiccional y sus auxiliares, por los litigantes o partes y sus auxiliares y por los terceros y están encaminados a instruirlo, encaminarlo, fallarlo, y hacer cumplir la determinación judicial que decide el mismo.

El proceso considerado en la ley "visión estática", tal como lo califica el Dr. Ramiro Podetti, es una estructura vacía, a la cual dan vida las pretensiones de las partes y que se llena con los actos procesales "visión dinámica". Por eso los actos procesales son la trama del proceso vivo, que llena la estructura vacía dada a priori por la ley (4).

Estando destinados los actos procesales a la consecución del fin del proceso, o sea la actuación del derecho objetivo para la satisfacción de los intereses individuales y colectivos en cuanto asegura la paz mediante la justicia, es claro que son actos jurídicos. Pero su asimilación a los actos jurídicos que reglamenta el Código Civil, es solamente parcial, puesto que se cumplen frente a un Poder del Estado que encarga y dirige los que emanan de sus órganos, y sus elementos, naturaleza y vicios, tienen reglamentación propia (5).

4. *PODETTI, RAMIRO: "Tratado de los actos procesales", p. 177.*

5. *PODETTI, RAMIRO: "Tratado de los actos procesales", p. 178.*

Reimundía caracteriza y define los actos procesales diciendo:

"...son los que tienen por consecuencia inmediata la constitución, la conservación, el desenvolvimiento, la modificación, la definición y extinción de una relación procesal, o bien, los que crean, modifican o extinguen las perspectivas, posibilidades y cargas procesales o la liberación de éstas" (\*).

Este conjunto de actos que forman la trama del proceso comprende desde las denominadas diligencias preparatorias hasta la sentencia —que constituye el acto jurisdiccional de mayor transcendencia, puesto que pone fin al litigio— y los actos posteriores tendientes a su cumplimiento.

5. — Es necesario destacar, por su importancia a los fines del presente trabajo, que de la forma de los actos procesales depende su eficacia jurídica.

"La forma estrictamente considerada sería la manera que según la ley, las acordadas y la práctica, se exteriorizan las manifestaciones, declaraciones y resoluciones de litigantes terceros y jueces. Pero esa materialidad o estructura, debe tener un cierto contenido para que sean admisible, aun cuando no se entre a considerar la importancia del acto...".

"La forma en esa materialidad exteriorizada, se vincula al tiempo, plazo o término fijado por la ley para su realización y a la sede o lugar donde debe cumplirse".

"La forma en sí del acto procesal, sea aisladamente, sea en unión con otros en los expedientes, no ha sido contemplada sistemáticamente por nuestros códigos procesales" (\*).

6. — Los vicios de los actos procesales deben considerarse atendiendo a sus elementos. Recordamos que los elementos de los mismos son: los sujetos, el objeto y la forma.

En consecuencia deberá examinarse: 1º) la capacidad, legitimación y voluntad de los objetos que los realizan, 2º) la licitud del objeto del acto y 3º) que el mismo reúna las formas prescriptas como indispensables por la ley y que se cumpla en tiempo oportuno.

"Los defectos de forma y tiempo, hacen que el acto sea inadmisible y deba ser desechado de oficio o a petición de parte siempre que no haya cumplido su efecto, como en el caso del conocimiento que se busca dar mediante las notificaciones" (\*).

\* J. A.: 1931, II Sección doctrina.

† FERRER RAMIRO: *op. cit.*, p. 184.

• FERRER RAMIRO: *op. cit.*, p. 197.

Los vicios en el sujeto (incapacidad o ilegitimidad), en el objeto (objeto ilícito), son insubsanables pueden dar lugar a la desestimación de oficio o a pedido de parte del acto cumplido por quien carece de capacidad de obrar o de legitimidad sustancial (no ser parte en el proceso) originando la nulidad del acto violado y sus consecuentes.

Existiendo capacidad y legitimidad se presume la voluntad del sujeto (discernimiento, intención y libertad).

Los vicios de los actos procesales (falta de capacidad, legitimación y voluntad, ilicitud del objeto, inobservancia de las formas) determinan su nulidad eventual.

Para poder determinar si un acto es inadmisibile, subsanable o anulable es necesario conocer o investigar sus elementos. De ellos depende —como indica Podetti— o en ellos se funda el concepto de nulidad procesal.

## II — Concepto de acto procesal nulo

7. — La palabra nulo proviene del latín *nullus*, que significa falta de valor, carencia de fuerza para obligar o para tener efecto. En consecuencia, según la acepción etimológica del vocablo, coincidente con su significado actual, el concepto de nulidad se define por el resultado: nulo es aquello que no produce resultado.

Como vemos "el prestigio del precepto *"nullum est quod nullum effectum producit"*, parece no haber decaído sensiblemente, a juzgar por su constante repetición. Pero es fácil advertir —como lo señala Couture— que definir la nulidad como lo que no produce ningún efecto, significa, en todo caso, anotar sus consecuencias, pero no su naturaleza".

Según el Dr. Esclapés (\*), coincidiendo con el Dr. Alsina, la nulidad es una sanción en virtud de la cual, la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas. Las formas son las maneras que se exteriorizan la voluntad de las partes.

Castro la define como "la ineficacia de un acto procesal, cuando en él no se han cumplido los requisitos y solemnidades que la ley establece", y Podetti "ineficacia de un acto por defecto en sus elementos esenciales que le impiden cumplir sus fines".

Estas definiciones, variable en su contenido gramatical, son coincidentes en el sentido que demuestran que la nulidad procesal no es un problema del contenido del derecho sino de sus formas", no un error

\* ESCLAPÉS, JULIO: "Conferencia pronunciada en el Curso para funcionarios del Bazo de la Provincia de Buenos Aires, año 1962".

—según Couture— en los fines de justicia queridos por la ley, sino de los medios dados para obtener esos fines de bien y de justicia (<sup>10</sup>).

8. — Debe distinguirse al acto nulo en el que hay una inobservancia de las formas, del acto injusto que se caracteriza en que las formas han sido observadas pero hay un razonamiento erróneo.

También debe distinguirse —como lo hace Albina— el acto nulo del acto inexistente que se caracteriza en que en el primero es necesario una decisión judicial que declare la nulidad para evitar que produzca sus efectos y para hacer desaparecer los producidos; y al acto inexistente que no requiere pronunciamiento judicial para evitar sus efectos, pero puede ser constatada en cualquier estado del proceso y no admite convalidación.

En el derecho romano se equiparaban la nulidad procesal y la inexistencia. El acto procesal inexistente es aquel que tiene algún defecto de tal importancia que impide su nacimiento como acto procesal, tales los efectuados bajo intimidación o violencia.

Si el acto procesal que se pretende hacer valer no es un acto voluntario lícito será un acto procesal inexistente. Para que el acto sea tal, la intimidación o violencia habrán de ser lo suficientemente intensas como para privar a su autor del mínimo de voluntad y libertad requerida para que el acto sea válido.

En concepto de inexistencia se utiliza, según destaca Couture (<sup>11</sup>) para demostrar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida del mismo acto.

Interesan destacar que no existe una replantación integral y es sólo con relación al derecho civil que la doctrina y la legislación han expuesto sus principios fundamentales. Pero en esta materia no son aplicables las disposiciones del Código Civil. El régimen de las nulidades es un tema de la teoría general del derecho y a las distintas ramas de éste corresponde adecuarlo a su objeto y contenido.

9. — Nuestro Código de Procedimientos no consagra un título a la materia de las nulidades, contiene disposiciones aisladas que "no responden a un sistema ni obedecen a un método" (<sup>12</sup>) por la dificultad que implica enunciar normas legales que contengan los principios que el intérprete debe tener en cuenta para resolver los distintos casos.

No obstante en algunos casos establece expresamente la sanción de nulidad, como por ejemplo en los artículos 40, 63, 77, etc.

<sup>10</sup> COUTURE, EDUARDO: op. cit., p. 271.

<sup>11</sup> COUTURE, EDUARDO: op. cit., p. 274.

<sup>12</sup> ALBINA, NICO: "Tratado...", p. 646.

Al lado de las nulidades establecidas en la ley, la jurisprudencia ha elaborado un sistema de nulidades implícitas<sup>12</sup>, fuera del código que solamente se refiere al recurso de nulidad, del que nos ocupamos en el párrafo d) del punto 4, que titulamos "medios para hacer valer la nulidad" tal como lo hace el Dr. Escalpez en la conferencia citada.

10. — Tres son los sistemas conocidos en la legislación procesal sobre las nulidades. Ellos son:

- a) *Sistema Romano*: existe una disposición que establece expresamente la sanción de nulidad para el caso de violación de cualquier norma procesal.
- b) *Sistema Francés*: obliga al juez a no declarar otras nulidades que las establecidas por la ley.
- c) *Sistema Germánico*: deja libando al criterio discrecional del juez la procedencia de la declaración de la nulidad.

### III — Objeto finalidad y subsumición de las nulidades procesales

11. — La ratio legis de la obligatoriedad de las formas del proceso es asegurar la defensa en juicio de la persona y de sus derechos, principio consagrado en la Constitución Nacional.

De allí surge que el objeto y finalidad del sistema de nulidades procesales es el resguardo de una garantía constitucional y ello sólo permite ilustrar acerca de su fundamental importancia dentro del proceso. Las formas procesales son en esencia una verdadera garantía contra la arbitrariedad, pero como enseña Podestà "es indispensable no hacer de ellas un objeto en sí mismo, de manera que en lugar de facilitar y asegurar la justicia la dilatan y obstruyen. No solamente no debe perderse ningún derecho por razones de forma, sino que debe evitarse la dilatación de un proceso y el enorpecimiento para esclarecer la verdad y llegar a la justicia por motivos simples o meramente formales".

<sup>12</sup> "Corresponde anular todo lo actuado si no se ha dado intervención a las partes legítimas" (J. A. T. 9 p. 123; T. 20 p. 371; T. 30 p. 943; T. 13 p. 533; T. 19 p. 729; "Si el juicio ha prosiguido después del fallecimiento de la parte, sin intervención de sus herederos" (J. A. T. 9 p. 732). Si el juicio se ha terminado con quien no tenía representación de la parte (J. A. T. 20 p. 379). Si el juez ha dictado las que no se rigen por los principios o las normas pertinentes a los actos jurídicos de derecho privado"... "Sólo proceden cuando se violan trámites sustanciales en el proceso o se contriége el derecho de defensa. No existe nulidad por la nulidad misma" (J. A., 1933, III, p. 103; 1930, III, p. 293; 1933, I, p. 78 y 122)". "Son relativos y consubstanciales las nulidades de procedimiento cuando se trata de la coacción de un trámite esencial del juicio. En el fallo no se habla conferido traslado a la reconveniente". (J. A. 1943 II, p. 463; en igual sentido L. L., 104, p. 753; L. L., 101, p. 1001; y D. J. B. A., 62, p. 109.

El objeto de la nulidad de los actos procesales no es asegurar el cumplimiento de las formalidades requeridas en los mismos sino el cumplimiento de los fines confiados a la misma por la ley. Dichas formalidades no son más que las muchas de que se vale el legislador para hacer efectiva la garantía procesal que tratamos precedentemente.

La fórmula que propone Albina <sup>(14)</sup> es la siguiente: "donde hay indefensión hay nulidad, sin no hay indefensión, no hay nulidad <sup>(15)</sup>".

12. — Subsanación en su acepción gramatical equivale a reparación de un defecto y su acepción jurídica procesal equivale a otro tanto. En consecuencia puede concluirse que el acto procesal nulo se subsana cuando la nulidad ha sido reparada o enmendada. Siguiendo a Morón Palomino <sup>(16)</sup> podemos observar que la reparación de un acto procesal nulo puede producirse por los siguientes medios:

1º *Subsanación por renovación*: sustituyendo al acto procesal nulo por otro que sea válido, previa declaración de nulidad primero. Declarando nulo el mismo pierde su eficacia jurídica, así como todos los que hubieran sucedido y dependan de él. El remedio o subsanación de dicha nulidad consistirá en la renovación del acto en condiciones de que sea idóneo para cumplir sus efectos, en otras palabras será preciso la producción de otro acto, de igual naturaleza que el declarado nulo, pero ajustado a las disposiciones procesales vigentes para dicho acto.

2º *Subsanación por convalidación*: adquiriendo eficacia y validez el acto nulo por la actividad de la parte afectada. Esta forma de subsanación presenta mayores dificultades. A esta forma de subsanación suele llamársele también sanatoria porque hace referencia a la sanación de lo que se produjo viciado. No exige una declaración de nulidad, por el contrario, la excluye. El acto procesal inexistente es subsanable por renovación pero nunca puede ser convalidado, pues de la inexistencia nunca puede surgir la existencia. En consecuencia la convalidación exige la existencia, pues si el acto no existe no puede sanar y adquirir eficacia jurídica. Tampoco son convalidables los actos para cuya invalidez la ley no exige la petición de parte afectada, bastando la declaración de oficio.

<sup>14</sup> ALBINA, HUGO: "Tratado...", p. 632.

<sup>15</sup> "La vía incidental de nulidad sólo es legítima cuando ha existido una situación de indefensión de la parte que la invocó". (Trib. de Apel. 2º turno de Uruguay L. J. U., p. 76).

La razón se encuentra en que la convalidación supone consentimiento de la parte afectada y en los casos que ese consentimiento legalmente es innecesario dicha forma de subsanación no se podrá interponer. Los actos procesales cuya nulidad haya sido prevista por la ley y que esta exige su denuncia por la parte afectada para ser declarados nulos si la misma no se solicita la nulidad quedará convalidada. Son también convalidables los actos procesales nulos a los cuales la ley no ha asignado un trámite o procedimiento especial: son los que se hacen valer por medio de incidente de nulidad. El fundamento de la convalidación, y esto constituye la base jurídica de la misma descansa en el consentimiento de las partes, y ello ha determinado a Carosutti a expresar que se encuentra legitimado para anular un acto quien lo está para convalidarlo. En síntesis la convalidación cuando la parte afectada por el acto procesal nulo; consiente ya sea expresamente o tácitamente, el mismo, y renuncia al derecho de hacer valer su pretensión, renuncia que es válida pues no se trata de una renuncia a la observancia del precepto sino a la alegación de la violación ya cumplida contra el precepto.

- 30 *Subsanación por omisión*: remedia o soluciona los defectos que dan origen a las excepciones dilatorias. Al estudiar los modos de hacer valer la nulidad trataremos sus efectos y modos de subsanación.

13. — Más adelante señala Podetti el avance producido en la investigación procesal de las nulidades y reconoce en los jueces la mayor parte de ese mérito "Con cierto criterio de justicia los jueces han estructurado las nulidades procesales, delineado los caracteres y presupuesto casi sin apuro en la leyes de la materia y prescindiendo, sin embargo, de la peligrosa tentación de recurrir al Código Civil". "Esta doctrina es la que inspira los nuevos ordenamientos procesales del país, que no siguen el viejo formulismo romano, no señalan taxativamente las nulidades, ni conceden a los jueces libertad para decretarlas. Se funda en el interés jurídico de quien las invoque y para el caso de la declaración oficiosa, en la garantía de la defensa en juicio que constituye el máximo interés procesal de los litigantes.

En nuestro sistema no hay nulidades absolutas aún cuando algunas, leyes y fallos por un enfoque erróneo de ciertos aspectos del problema hablen de ellas (27).

14. — En doctrina no se observa una gran discrepancia al respecto, entre los que están conformes a lo predicho se encuentra Alai-

26 MÓNTEZ FALCÓN, MANSUREL: op. cit. p. 203.

27 "Lo relativo a la nulidad absoluta no es aplicable a los actuaciones judiciales,

na (18) para quien "es inexacto vincular el concepto de nulidad absoluta al de orden público y el de nulidad relativa al del interés privado para fijar una distinción. No siempre de una disposición considerada de orden público y el de nulidad relativa al del interés privado para fijar una distinción. No siempre de una disposición considerada de orden público deriva una nulidad absoluta". El autor citado pone como ejemplo las reglas de competencia *ratione materiae* que son de orden público y el artículo 87 del Código de Procedimientos de la Capital que dispone "En cuanto a la excepción de incompetencia, sólo podrá oponerse en el tiempo y forma que las demás dilatorias. Los jueces al recibir la causa a prueba en las cuestiones de hecho o al correr el segundo traslado en las de derecho, se pronunciarán expresamente sobre si la causa es o no de su competencia. Consentida esta providencia, no podrá en adelante deducirse incompetencia por las partes, ni de oficio por los jueces inferiores o superiores". La nulidad absoluta —prosigue Akina— no existe en el derecho procesal, por lo menos con la acepción que se le atribuye en el derecho civil.

Son expositores de lo opuesto: Couture, para quien puede haber nulidad absoluta que no puede ser convalidada, pero debe ser invalidada o nulidad relativa que admite ser invalidada y puede ser convalidada (19). Chiovenda, distingue acto nulo de acto anulable según si la falta de un presupuesto de la relación procesal puede ser revelada de oficio o si sólo puede serlo a pedido de parte. Pero a diferencia de lo que ocurre en el derecho de fondo el acto nulo como el anulable requieren declaración judicial y mientras tanto producen efectos (20). Carnelutti, quien distingue elementos esenciales o accesorios del acto. La omisión de un elemento esencial como sería la capacidad, es causa de nulidad absoluta, la de un elemento accesorio relativo. Distingue también entre nulidad relativa y anulabilidad según que el acto no produzca sus efectos mientras el defecto no sea subsanado o los produzca mientras no sea declarada la nulidad (21); Lascano distingue entre nulidades "sustanciales o esenciales" y nulidades "accesorias o secundarias". Son sustanciales las formalidades requeridas para que haya un litis válida y accesorias las que sólo tienen por objeto impedir errores de procedimiento o perjuicio a las partes. El concepto de nulidad sustancial no es equivalente para el autor al de nulidad absoluta, porque aquella puede convalidarse en tanto que la nulidad absoluta es inconfirmable y puede declararse aun de oficio en cualquier estado de la causa (22).

18 ALAKA, HUGO: "Tratado...", p. 643.

19 COUTURE, EDUARDO: *op. cit.* 174.

20 CHIOVENDA: "Instrucciones del Derecho Procesal", p. 249.

21 CARNELUTTI: "Sistema del Derecho Procesal", p. 349.

22 LASCANO: "Nulidades de procedimientos", p. 34.

Como se puede apreciar si bien la terminología de los autores mencionados es análoga a la del derecho civil, los conceptos no son equivalentes y difieren en cuanto a sus efectos (22).

15. — En síntesis el objeto de la sanción de nulidad es obligar al juez y a las partes a cumplir con los formas legales (Ej.: emplazamiento y notificación de la demanda; formas y requisitos de la demanda y de la sentencia) judiciales. (Ej.: medidas de mejor proveer, medidas del art. 21 de la ley 14237 "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad probidad y buena fe, así como aquellos tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso" y convencionales: (Ej.: designación de peritos, pedir que se declare la cuestión de puro derecho, etc.) y su finalidad es: 1º mantener la igualdad entre las partes (Ej.: iguales derecho para ofrecer y producir pruebas, apelar, expresar agravios); 2º garantizar el derecho de defensa (art. 18 Const. Nac.) (Ej.: obligación de notificar la demanda, art. 76 Cod. de Proc.). En consecuencia se garantiza el debido proceso, ser oído y tener la oportunidad razonable de producir su prueba de cargo y descargo; 3º Garantizar la rectitud de la sentencia, que es la forma normal de terminación del proceso (23).

#### IV — Medios para hacer valer la nulidad

16. — Generalmente se habla de tres medios para hacer valer la nulidad procesal; la acción, la excepción y el recurso. El incidente es una regulación reciente de esos efectos.

En el presente trabajo nos ocupamos primeramente de la acción, luego de la excepción, continuando con la vía incidental para concluir con el recurso.

17. — a) La vía de acción: consiste en deducir la nulidad en juicio distintos ante otro magistrado después de terminado el primero. Este no es un medio admisible en nuestro derecho pues contraría el principio de cosa juzgada y de admitirse, los pleitos no finalizarían nunca, pues podrían ser renovados sin cesar por medio de sucesivas

<sup>22</sup> "Los actos procesales tienen economía y concuerdan precepto que los distingue de los actos jurídicos que reglamenta el código civil, y sus nulidades, por lo tanto no se encuentran regidas por las disposiciones de éste". (D. J. B. A., 33-42).

<sup>23</sup> Art. 216 y siguientes del Código de Procedimientos de la Capital.

acciones de nulidad, lo que implicaría contrariar los más elementales principios de justicia (2° bis).

No obstante se da *contra decisiones de jueces débiles*, por haber laudado fuera de término o sobrepuntos no comprometidos o por falta esencial en el procedimiento (art. 792), entiende en el recurso, que se tramita de acuerdo con las reglas del juicio ordinario, el tribunal que sea superior del juez que hubiera conocido del asunto sino se hubiera sometido a esta clase de juicio (art. 795) y se hubiese comprometido un negocio pendiente en última instancia el laudo causará ejecutoria (art. 796); b) *contra las posesoras de los asignables comprometeros arbitradores* por haberse fallado fuera de término o sobre puntos no comprometidos. Esta acción puede entablarse dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se hizo saber el laudo (art. 808).

Efectos: se anula o confirma el laudo.

18. — b) *Por vía de excepción*: Las excepciones dilatorias (art. 84 C. de Proc. Civ. y Com.) cuando prosperan generalmente importan la nulidad de la relación procesal, por ellas se puede conseguir; 1º la declaración de incompetencia del juez que entiende en la causa y consecuentemente se declare nulo lo actuado; 2º que se reste valor a la demanda por carecer de personería alguna de las partes o sus representantes; 3º que se rechace la misma por no contener los requisitos legales.

Según el art. 489 del Código de Procedimientos también se puede hacer valer la nulidad y en este caso en el juicio ejecutivo por defecto de la citación de remate o de las formas preparatorias; textualmente el mismo dice: "Podrá también el deudor alegar de nulidad de la ejecución por violación de las formas que para ella quedan establecidas".

<sup>1466</sup> "Nuestra legislación no autoriza la acción de nulidad de procedimientos. Los trámites viciados deben impugnarse en el mismo juicio en que se produjeron, mediante incidente o recurso (J. A. 1910 IV p. 290; 1946 p. 430; 1942 III p. 374; Fallos Corte Suprema de Justicia T. 13 p. 134; J. A. 38 p. 140; J. A. 33-1509; J. A. 17-256; L. L. 64-054; L. L. 64-432 y 364; L. L. 12-870).

"En nuestro derecho... ningún proceso legal autoriza la acción de nulidad... ello resulta incompatible con una serie de disposiciones de la ley procesal" (C. Apel. Civ. y Minas, Mendoza, dic. 12-1938, J. A. T. 13, p. 343; J. A., 1956, III, p. 323). "Fuera del supuesto de la nulidad dictada por asignables comprometeros que admite la revisión ordinaria en los términos y condiciones del art. 920 del Cód. de Proc. las nulidades procesales sólo pueden alegarse por vía de incidentes en el mismo juicio en que han producido, los vicios que fundamentan la petición, y siempre que concurren las siguientes circunstancias: que sea promovido en término; que se alegue y pruebe que el vicio produjo un perjuicio cierto e irreparable que exista un agravio concreto y de entidad; que el vicio acausó del órgano jurisdiccional, desautorizado, por ende, el que reconoce su autoría u origina en la propia conducta culpable del incidentista". (S. C. B. A., oct. 28-1938).

Las peticiones accionaban alegar de nulidad del procedimiento por vía de acción, la que se sustancia de acuerdo a los trámites del juicio ordinario, pudiendo iniciarse la demanda dentro de los veinte días, la Novísima Recopilación señala una término a treinta días.

**Efectos:** Se rechaza la ejecución o de hecho queda rechazada la demanda cuando se hace lugar a las excepciones dilatorias. En algunos casos puede subsanarse la nulidad pidiendo se remitan los autos al juez competente o ratificando el mandato.

19. — c) *Por vía de incidente:* el incidente de nulidad establecido en el art. 49 de la ley 14.237 tiene lugar cuando se han violado las formas sustanciales del juicio que garantizan la igualdad entre las partes y el derecho de defensa<sup>18)</sup> de los cuales nos hemos referido al estudiar la finalidad de la nulidad procesal. Es lo que Couture denominó "principio de especificidad".

Dentro de las facultades del juez establecidas en el art. 21 de la ley citada, mediante las cuales "en cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para 1º) esclarecer la verdad de los hechos controvertidos; 2º) mantener la igualdad de los litigantes; 3º) prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe; 4º) así como aquellos tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso. Están autorizados para prevenir y subsanar las nulidades es decir, evitando antes que se produzca el defecto de las partes las soliciten o deba ser declarada de oficio<sup>19)</sup>.

20.— Coincidiendo con la opinión del distinguido procesalista Dr. Ramiro Protti<sup>21)</sup>, quien se ocupa de los "Presupuestos de la nulidad procesal" desarrollando con singular claridad el tema, podemos concluir que son tres los presupuestos del incidente de nulidad;

1º Vicio formal que quite eficacia al acto impugnado, son por omisión, defecto, error, vale decir que existió "la violación de una forma procesal o la omisión de un acto, que origine el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que pueda dar lugar a la indefunción"<sup>22)</sup>.

2º Interés jurídico o inculpadidad. De acuerdo al principio de

<sup>18)</sup> "La nulidad procede si uno de los demandados fallare durante el litigio y no se cita a sus herederos...". "Si la notificación no llega a conocimiento del citado..." "Si se cita por errores invocando una falta ignorancia del domicilio" (J. A., 1945, II, p. 126, 1945 IV p. 137, 1945 I p. 439). "Las nulidades procesales deben interpretarse restrictivamente, máxime cuando configuran cuestiones que pueden ser invocadas y reparadas por vía de recurso de apelación". (J. A., 1931 I, 740; 1948 IV, p. 522).

<sup>19)</sup> "Es igual sentido art. 46, inc. 3º, Cód. de Proc. de Mendoza y art. 475 Cód. de Proc. de Santiago del Estero".

<sup>21)</sup> PROTTI, RAMIRO: op. cit., 2ª parte, p. 485.

<sup>22)</sup> PROTTI, RAMIRO: op. cit., 2ª parte, p. 487.

moralidad del proceso es necesario que sea invocado por quien no es responsable del vicio (20). "Sería inhumano con quien deliberadamente o por su culpa o negligencia, provoca la omisión de un acto o impide que este cumpla sus fines, pueda pedir y obtener la nulidad, aun cuando invoque un interés que, por ilegítimo, no podría calificarse de jurídico". "La prohibición tienen su origen en un viejo y siempre actual axioma, que es la voz una regla moral: *proprium turpitudinem alteri non est audiendum*" (21).

Este principio consagrado en el art. 1049 del Código Civil se encuentra establecido expresamente en casi todos los códigos procesales modernos y ha sido incorporado a la ley 14.237 a través del art. 51 que dispone: "La parte que ha dado lugar a la nulidad no podrá sostener la invalidez del acto realizado".

La jurisprudencia ha establecido que solo pudo ser alegada por aquel a quien perjudica pero no por aquel a quien beneficia (22).

Por otra parte debe existir un interés. Siendo el interés el fundamento de la protección jurídica debe también aplicarse el principio en este caso (23).

Couture denomina este presupuesto "principio de trascendencia".

3º Es necesario además que la omisión o el acto defectuoso no

20 "La nulidad no procede si no existe perjuicio, ya que las normas procesales sirven para asegurar la defensa del juicio y no para dilatar los procedimientos". (J. A. 1952 II, p. 91; 1953 II, 33; 1946 II, p. 241; 1949 II, p. 420; 1950 III, p. 371; 1948 III, p. 400; 1950 III, p. 174).

21 FERRER, BASCO: op. cit., p. 489.

22 Cán. Civ. Fallos T. 63, p. 193.

23 "Las nulidades deben interpretarse restrictivamente y sólo proceden cuando hubiera un derecho o interés legítimo lesionado, que causar un perjuicio irreparable, pero no cuando se existe una finalidad procesal que imponga su adición". (Cán. Civ. 2º Cap. nov. 14-1958 T. 12 p. 373; en igual sentido: C. Com. Cap. nov. 31-1958 T. 10 p. 171; Cán. Apel. Rosario Sala I jul. 1958 T. 11 p. 420; Cán. 2º Apel. La Plata Sala II jun. 9-1959 T. 13 p. 104; Cán. Civ. 1º Cap. oct. 14-1958 T. 12 p. 343; C. Civ. 2º Cap. jan. 1-1958 T. 10 p. 980; C. Com. Cap. nov. 29-1958 T. 13 p. 392; C. Com. Cap. ag. 10-1953 T. 11 p. 453; C. Com. Cap. mayo 31-1958 T. 10 p. 880; C. Civ. 1º Cap. mar. 18-1958 T. 9 p. 970; L. L. 36 p. 462; C. N. Civ. Sala A. Set. 1958 p. 76; C. Nac. Com. Sala 8 oct. 5-1958 p. 301; Cán. Nac. Sala A, nov. 3-1957 L. L. 90527; J. A. 1958 I 326 - C. N. Civ. Sala E, abril 10-1958 L. L. 91-697 - J. A. 1958 III 248 - C. Nac. Civ. Sala C dic. 26-1957 - L. L. 91-595 - C. N. Com. Sala B oct. 5-1958 L. L. 3015; C. 2º C. C. La Plata Sala II oct. 24-1957 D. J. B. A. 33 p. 141 L. L. 104 p. 235 L. L. 104 p. 753 L. L. 101 p. 1001; L. L. 103 p. 609 S. C. B. A. mayo 20-1940; etc....

"No procede declarar la nulidad por la nulidad misma si quien la solicita no indica el perjuicio que se le ha ocasionado". J. A. 1957 II p. 371; 1957 II p. 317; J. A. 1960 II p. 293; J. A. 1960 IV p. 223; J. A. 1959 V p. 360; J. A. 1959 VI p. 46; J. A. 1959 VI p. 47.

hayan sido consentidos expresa o tácitamente, es decir confirmado el acto o convalidado el procedimiento (84).

Según Couture: "principio de convalidación".

21. — Es también coincidente lo expresado al comienzo del Nº 19, cuando nos referimos al art. 49 de la Ley 14.237 en el caso de "intervención directa y posterior" pero, como lo destaca Podetti, el artículo no contempla el caso de haberse tomado conocimiento sin presentar escrito o concurrir a una audiencia como cuando se obtiene en préstamo un expediente o se pide vista de las actuaciones y luego se guarda silencio. El autor citado opina que en esos casos también existe confirmación tácita pues se ha renunciado a tomar una intervención directa y sería aplicable el art. 51 (85).

"En efecto siéndolo posible impedir que el vicio subsista, no ha ejercido la facultad de pedir la anulación, ha contribuido, pues a su existencia. Interpretada literalmente la disposición podría resultar que se silenció el defecto, dejando correr el expediente, para invocar la nulidad más adelante ocasionando perjuicios evidentes al otro litigante y al órgano jurisdiccional (86).

<sup>84</sup> COUTURE: op. cit., p. 285.

<sup>85</sup> PODETTI: op. cit. p. 493.

una providencia después de haber usado su intervención por omisión o cualquier otra circunstancia (J. A. T. 23 p. 192) si se ha declarado una negligencia sin intervención de la parte a quien afectaba (J. A. T. 27 p. 1664) si no se notificó por sídala el auto que designaba audiencia para recibir la prueba en la justicia de paz (J. A. T. 33 p. 807), etc.

<sup>86</sup> COUTURE: op. cit. p. 287 - "La nulidad debe ser invocada y formalmente planteada al conocerse las causas que la motivan. La invocación extemporánea de la nulidad determina su improcedencia". "No puede pedirse la nulidad de providencia que se han consentido" (J. A. 1953 I p. 78 - 1952 IV p. 210; 1950 III p. 300-1951 I p. 531). "Si el demandado que ha invocado la nulidad de un convenio que produce efectos, no pidió expresamente la apertura o prueba y constatación sin observaciones la providencia de auto para resolver queda cubierta la deficiencia personal en que se habia incurrido al no abrirse a prueba la cuestión, subsiste cuando en el expediente existen suficientes elementos de convicción para resolverlo (C. Civ. 2º Cap. jun. 1-1958 T. 10 p. 873; Cam. Civ. 1º Cap. dic. 13-1939 T. 16 p. 1198). "Antes que el procedimiento de 1ª instancia un vicio, no puede jargarse antes de su nulidad si el fue consentido por la parte afectada por el mismo (C. Nac. Civ. Sala C mayo 8-1954; L. L. 74-769; L. L. 89 p. 363; J. A. 1958 I 170; J. A. 1958 III p. 29). Quien ha curado y consentido, también sólo en integración a las normas reguladoras del proceso no puede alegar a su favor la nulidad resultante de los mismos (C. Apel. Carrió Carrió set. 30-1954; J. A. 1954 IV p. 375; J. A. 1956 II p. 40; J. A. 1957 IV p. 450.

<sup>87</sup> "La parte que ha dado lugar a la nulidad, no puede sostener la invalidez del acto realizado".

<sup>88</sup> PODETTI: op. cit., p. 491.

22. — Si bien reconocemos, en el razonamiento precedente, el mérito de los razonamientos del Dr. Podetti, nos permitimos discrepar en cuanto a la solución que propone, que si bien es aceptable con carácter transitorio ello no es óptimo para propugnar la reforma o más propiamente la ampliación de la disposición legal a los efectos de solucionar las desventajas que son evidentes y que surgen como consecuencia de la carencia de norma expresa.

Conceptuamos que con una simple adición al art. 49 se resolvería el problema sin necesidad de acudir a una interpretación, que aunque inteligente, extiende los efectos de la ley a casos no contemplados expresamente por ella, siendo vulnerable en tal sentido a solución analizada precedentemente.

Los efectos de la inclusión de la norma que proponemos no dudamos que será favorable pues se solucionará la injusticia que implica proseguir las actuaciones hasta una etapa avanzada del proceso, con los consiguientes gastos y demoras, y luego atacar un acto inicial del que se ha tomado conocimiento típicamente produciéndose el decaimiento de los actos consiguientes. Sostener lo contrario implica favorecer la mala fe de los litigantes en el proceso con desmedro del respeto a la justicia.

23. — Recordamos que incidentes se denomina a las cuestiones que se suscitan durante las tramitaciones de un juicio, que tiene relación más o menos inmediata, con el objeto principal del pleito en que se promovieran y que se sustancian en el mismo expediente o en pieza separada o no la prosecución de la demanda principal (22).

Hasta la sanción de la ley 14.237, el incidente de nulidad no había sido reglamentado en nuestro ordenamiento positivo, en consecuencia le cupo a la jurisprudencia determinar la forma de sustanciación debiendo haceros por el trámite establecido en el art. 408 del Código de Procedimientos de la Capital que a su vez remitió al establecido para las excepciones dilatorias (23).

Según el art. 48 de la ley "promovido el incidente se dará traslado a la contra parte por tres días, y en su caso, se abrirá a prueba por el término de diez días. El juez dictará resolución sin más trámite dentro del tercero día. La resolución será apelable en relación".

<sup>22</sup> Art. 403 al 409 Cód. de Procedimientos.

<sup>23</sup> Nueve días para interponerla, traslado por seis días, hasta veinte días para recibir las pruebas, dos días para examinarlas, 10 para dictar sentencia (art. 83 al 93 C. P. C.).

<sup>24</sup> Podetti: op. cit., p. 493.

Si la omisión de los actos esenciales del proceso afectan el derecho de defensa <sup>(41)</sup>, la ley impone la obligación de declararlas de oficio <sup>(42)</sup>.

### Requisitos

- 1º Que la pida el legítimo lesionado <sup>(43)</sup>. Debe declararse de oficio si afecta el derecho de defensa <sup>(44)</sup>.
- 2º Que se pida en término: es decir dentro de tres días de notificada la providencia mala o de haber tenido conocimiento por la intervención posterior y directa en el juicio <sup>(45)</sup>.
- 3º Interés legítimo lesionado.
- 4º Que se pida en la instancia en que se cometió <sup>(46)</sup>.

### Efectos

Produce la nulidad de los actos consecutivos <sup>(47)</sup> no así la de las actuaciones independientes. La parte que ha dado lugar a la nulidad no podrá sostener la invalidez del acto realizado pues nadie puede alegar su propia torpeza.

El término "consecutivos" no debe entenderse como actos inmediatos posteriores sino actos que sean consecuencia directa del acto anulado.

Las costas se imponen al vencido aunque no se soliciten (con lo que se aparta del principio sentado en el art. 221 del Cod. de Proc., pudiendo eximirse de ellas cuando se tratasen de cuestiones dudosas de derecho y fuese aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 221 antes mencionado).

24. — d) *Por vía de recurso*: el recurso de nulidad se encuentra legislando en los arts. 237 y siguientes del Código de Procedimientos, si bien tenía autonomía legislativa, carecía de vida propia pues estaba estrechamente relacionado al de apelación.

Tan estrecho era el paralelismo —señala Máximo Castro— que el de nulidad carecía de vida propia, pues además de no poderse oponer sino unido al apelación, por más importante que fuera el motivo que lo fundara seguía la suerte de éste en cuanto a ser o no considerado. Si el superior declaraba mal concedido el de apelación, la instancia no se abría y por tanto no entraba a conocer en el de nulidad; pero una vez abierta la instancia, ambas recuperaban su independencia y al de nulidad

debía ser resuelto en primer término de tal modo que si se declaraba procedente, el tribunal no entraba a considerar el de apelación”.

Según el art. 237 “El recurso de nulidad tendrá lugar a) contra las sentencias pronunciadas con violación de la forma y solemnidad que prescribe la ley; b) en virtud de un procedimiento en que se hayan omitido las formas sustanciales del juicio o; c) incurrido en algún defecto de los que por expresa disposición de derecho anulan las actuaciones”.

Observamos que este artículo recoge la distinción formulada por la legislación y doctrina francesa e italiana entre nulidades sustanciales y accesorias, por un lado y nulidades expresas o implícitas por otro sobre las que hemos referido al tratar el acto procesal nulo.

Las nulidades sustanciales, dentro de la economía de nuestro código serían las que resultan del incumplimiento de las formas requeridas para que el proceso sea válido; en otros términos, para que la sentencia que en él recaiga pueda adquirir carácter de cosa juzgada (48).

Con la autoridad de todas las definiciones de Vélez Sarsfield (49) el codificador dice: “Las formas sustanciales son aquellas sin las cuales el acto no puede existir, aquellos que son indispensables para llenar el fin para el cual el acto ha sido instituido; aquellas que no pueden suplirse, que no pueden reproducirse con fuerza retroactiva a la practicado sin ella”.

“El art. 237 —enseña Alsina (50)— habla de la omisión de las formas sustanciales refiriéndose a los supuestos en que se afecte el derecho de defensa, pero sin concretarlos ni someterlos a condición alguna. No obstante, teniendo en cuenta el carácter instrumental del proceso —carácter que se extiende necesariamente a los actos que lo integran— hay que admitir que si como consecuencia de la violación de la forma el acto no ha llenado su objeto la nulidad se impone para reparar el perjuicio y recíprocamente, si no obstante el defecto del acto al fin propuesto ha sido logrado, la nulidad no tiene razón de ser. De ahí el requisito de la demostración de un interés en la declaración de la nulidad”.

El art. 39 in fine de la ley 14.237 dispone: El recurso de apelación comprende el de nulidad” con lo que lo suprime como recurso independiente en el caso a) y en los b) y c) se soluciona por el artículo 50 de la ley citada.

La nulidad puede promoverse por vía de recurso, esto no ha desaparecido del cuadro de los remedios procesales, pero en realidad el art. 39 le ha restado el carácter de instituto autónomo al determinar

que el de apelación comprende al de nulidad. De modo que, contra artículo no se recurrirá de nulidad sino de apelación, y luego en el una sentencia definitiva o interlocutoria que cause gravamen o decida memorial o en la expresión de agravios se aducirán tanto las transgresiones de fondo como las violencias de forma, siempre que estas se refieren a la propia resolución recurrida ya que las nulidades de procedimiento incluso por vicios de formas sustanciales deben invocarse por vía de incidente dentro del tercer día de conocidas. Concordantemente si el procedimiento estuviere arreglado a derecho y el tribunal de alzada declarara la nulidad de la sentencia por cualquier otra causa, resolverá también sobre el fondo del litigio precisamente porque como el recurso de apelación comprende el de nulidad resulta procesalmente indiferente que la sentencia sea nula por violación de fondo o de forma.



## CONCESIONES DE SERVICIOS PUBLICOS. SU IMPORTANCIA ACTUAL

Por JUAN EDUARDO ADROGUÉ

Con la palabra *concesión* se expresa en el léxico vulgar toda la vasta gama de actos que la Administración realiza, ya para condicionar el aspecto dinámico de ciertos derechos subjetivos, ya para ceder a los particulares el uso de procedimientos o medios tendientes a la promoción del desarrollo de actividades de naturaleza especial, y aun para para manifestar vinculaciones sinálgmáticas trabadas entre la Administración y los ciudadanos.

Así cuando hablamos de *concesión de servicios públicos*, la primera de estas palabras se toma en la acepción genérica resultante de los significados antes expuestos, pero al calificar la *concesión* como contrato que afecta a los servicios públicos, debemos restringir su significado y dar a la frase su particularidad fundamental al referimos, más que al modo jurídico y al encuadramiento del acto administrativo de que se parte, a la naturaleza de la actividad desarrollada por quien se obliga a realizar o gestionar el servicio público concedido. Aun cuando con frecuencia la *concesión de servicios públicos* va precedida en el orden de los hechos de la construcción de la obra, jurídicamente pueden y deben separarse. Las dificultades que surgen en torno a esto, hijas de un insuficiente estudio y penetración, obedecen, fundamentalmente, al desconocimiento de la circunstancia de que se está en presencia de dos contratos administrativos distintos: *Concesión de obra* y *concesión de servicios públicos*. Si bien entre ambos contratos (1) hay singulares servicios públicos. Si bien entre ambos contratos (2) hay singulares tanto en el objeto como en la naturaleza jurídica de ellos. La *concesión de obra* termina con la construcción de ésta. Si una vez terminada la obra pública concedida (no meramente construida como una *locatio conductio operis* es decir como contrato de ejecución de obra) se instala un servicio público sobre esta obra, surge una institución distinta de la

<sup>1</sup> Rafael Biels. *Derecho Administrativo. Legislación Administrativa Argentina*, Nueva Edición, Tomo I, pág. 559.

primera. A Mensaje<sup>(2)</sup>, que no admite tal diferencia, se le observa que en la concesión de servicio el objeto es el servicio y en la de obra es la obra. Su error procede de que supone que en la concesión de servicio público el concesionario debe ejecutar previamente la obra. Pero evidentemente esto no es así pues el Estado (en sentido lato) puede conceder un servicio público sin que el concesionario deba construir previamente la obra, lo que sucede cuando el Estado concede un servicio ya organizado.

El Estado moderno, administrador, legislador y juez de la vida social e individual ya no abandona la actuación económica a la "privata vis". Como bien ha dicho Ernest Wolgast<sup>(3)</sup> para la vida interna del Estado, quizás uno de los cambios históricos más trascendentales lo haya impuesto el peso que los últimos tiempos han supuesto hacia el Estado social administrador que extrae a la sociedad la carga de responder del mínimo de existencia del súbdito.

Paralelamente en este desarrollo, a la concepción liberal del Estado como creador y garantía de orden, se perfila la concepción del Estado como productor de bienes económicos corolario necesario de una crisis enervante de la idea del estado liberal. Secuela de ello es el avance expansionista de la Administración que conquista cada vez, mayor relevancia.

El Estado moderno se enfrenta con más y más fines que cumplir, por ello sería más exacto hablar de fines que de fin del Estado. De ahí la fórmula de Aristóteles: "el Estado si bien nace a la vida misma existe para promover una vida buena".

Afirmada la categoría de función pública ante la incesante masa de aptitudes sociales, el Estado tiene una doble opción: o bien prestar tal función directamente o bien dejar en manos de los particulares: esta prestación reservándose él el poder concesional, el control continuativo de la actuación y la vigilancia y superintendencia propias del inenajenable Poder de Policía que le asiste. El sistema de la concesión se traduce en la entrega al administrado (persona física o jurídica) de una esfera funcional de competencia atribuida a la administración pública o más exactamente, la investidura de una función pública. Es a través de la concesión como preferentemente el Estado actúa hoy su misión de conformar la realidad social circundante, paliando así el "horror abissi" que una socialización a ultranza comporta. Verdad es que, a medida que se desplazan los límites del Estado, parecen proporcionalmente menos aptos los viejos instrumentos destinados a servirlo. Los nuevos fines hipertrofiados exigen una total adecuación de

<sup>2</sup> Mensajes Jurídica de cuentas de servicio público. pág. 19 y n.

<sup>3</sup> Wolgast, Ernest: *Revisión des Transfères*, Nuremberg, 1930.

procedimientos para afrontar exitosamente las nuevas necesidades. A fortiori, su correcta estimación se torna ardua. La historia del derecho, que no es sino un caso particular de la historia del pensamiento como ha dicho Pequegnot, nos enseña que el derrotero necesario de la institución que sobrevive es una constante evolución en su pugna por su afianzamiento.

Al producirse el advenimiento del Estado moderno, el sistema concesional, término medio entre la gestión directa y la pura e instricta prestación privada, experimentó un fuerte auge. El Estado gendarme repudió la "raison d'Etat" en cuanto constituía, a su entender, un artículo incompatible con el Estado de derecho que preconizaba. En su lugar construyó algo que no era sino el producto trasvasado del mismo, la "raison de service", para justificar el contralor discrecional de la administración sobre los concesionarios. Vemos así que no fue en verdad una creación original, espontánea sino la moderna versión de su precursora en un nuevo orden. Fue menester adaptarse a las diferentes condiciones y necesidades del tiempo. Este proceso es claro e inequívoco. Sin solución de continuidad, con intensidad creciente, cada vez con mayor ímpetu, discurre hasta el siglo XVIII, para continuar posteriormente, con apariencia distinta pero esencialmente idéntico, a lo largo del siglo pasado y llegar hasta el presente, en que se materializa la frase de Portalis "Tout devient droit public". Asistimos al advenimiento de un fenómeno, si no original en su esencia, sí en lo que concierne a la particular intensidad con que se deja sentir: la aparición en el horizonte del derecho de un nuevo astro, la concesión de servicio público en torno a la cual ha girado el derecho administrativo público en torno a la cual ha girado el derecho administrativo clásico. Sobre ella, a la cual define magistralmente el Dr. Rafael Bielsa como "un acto administrativo —contrato de derecho público— por el cual se atribuye a una persona (física o jurídica) con el fin de que ella gestione o realice el servicio público concedido, un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración pública" (\*), se edifica el andamiaje político del solidarismo de Duguit. Es indudable que la vivificación de la idea de servicio público no se malogró pese a que el Estado delegó al súbdito la prestación de aquellos servicios que en menos tenía. La progrestra de la primera gran conflagración mundial engendró una masificación de necesidades, antes exclusivas de poderosas e ilustradas minorías. Ese notable incremento —La Vermassug de Rupke— de las necesidades se ha producido por motivos diversos. Ese representado, al cual el hombre mata le encomienda la solución de cualquier dificultad, conflicto o problema, como dice Ortega y Gasset, es el encargado de satisfacer esa aspiración colectiva. A la idealización del Estado indiferente, sucedió la del Estado responsable hasta de la seguridad económica del súb-

\* Derecho Administrativo-Legislación Administrativa Argentina. Cuarta Edición. Bs. As. 1947, pág. 363.

dito. El Estado moderno, paternalista se ha visto compelido, como afirma Bloch, apartándose de las cuestiones doctrinarias y cualquiera sea el régimen político imperante, a ampliar y extender siempre, a la acción del servicio público y de la concesión administrativa. (Veamos así la socialización de la medicina en Gran Bretaña, mantenida por los gobiernos conservadores).

De una manera general, nos dice el Profesor Bielsa, el concepto de servicio público puede darse en los términos siguientes: Toda actividad pública o privada regulada por la ley (ley, decreto, ordenanza, siempre que el órgano que la regula sea competente) con el objeto de satisfacer necesidades colectivas. Pero el mismo tratadista rechaza esta noción de servicio público por considerarla insuficiente, pues es comprensiva de servicios de interés público y no precisamente servicios públicos. A fin de salvar los inconvenientes expuestos, nos da la siguiente definición que a nuestro entender se ajusta con exactitud a la naturaleza jurídica de esta institución: "Servicio público es toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía".

La jerarquía de este concepto se percibe al concebir al servicio público como la piedra angular del derecho administrativo clásico. En su acepción originaria el concepto de servicio público abarca la prestación de bienes inmateriales excluyendo por lo tanto la satisfacción de necesidades de bienes materiales. Atribuímos validez actual a esta noción. Pensamos que no puede comprender por sí las actividades nuevas o viejas de la administración destinadas a la producción de bienes económicos materiales. Desechámos por tanto la orientación que pretende darle Trevoux al incluir la actividad industrial en el servicio público desnaturalizando a nuestro juicio su significación pues vemos en ello coloridos espejismos de ideologías totalitarias.

El mismo Deguit concreta una amplia noción, considerando como servicio público: "Toda actividad cuya realización deba asegurar, regular y controlar los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y desarrollo de la independencia social, y porque es de tal naturaleza que no puede realizar completamente, sino con la intervención de la fuerza gubernativa".

Pese al aporte doctrinario a esta concepción amplia del servicio público, sus mismos sostenedores llegan a admitir la inadecuación del concepto técnico de servicio público a la actividad industrial de la Administración.

En oposición a la idea de servicio público, la concesión de servicio público exige un replanteo de su problemática en sentido extensivo. Es naturalmente lógico que al ampliarse el ámbito de las funciones del Estado, se amplíe correlativamente la idea concesional. La concesión de

servicios se tipifica por la gestión colaboradora del particular en contacto con una esfera de actuación originariamente administrativa. Tenemos entonces como elementos integradores del concepto: tasas que verifican la ecuación financiera indispensable en esta participación; las condiciones de la concesión ligadas en caso de incumplimiento culpable a la caducidad de la concesión.

A la evolución bosquejada relativa a la creación de un Estado más poderoso, se contraponen el correlativo empobrecimiento del campo asignado a la autonomía de la voluntad. Indudablemente el entronizamiento de esta pertenece al pasado, pues hoy día resulta utópico el elogio del derecho individual absoluto, el estar culto a su soberanía, si lo desvinculamos de la función social. Y no obstante que esta función social que a la propiedad otorga, ha trocado en alguna medida el edificio jurídico, la idea concesional se ha mantenido incólume. La circunstancia de que en la actualidad se imponga al concesionario un número mayor de obligaciones, vinculadas casi necesariamente a la seguridad tan exaltada por el Estado contemporáneo, no sólo no traba ni desvirtúa el desarrollo, sino que, por el contrario, asegura su perpetuación en el tiempo. Así, en el pliego de condiciones se suele insertar cierto tipo de cláusulas vinculadas a las condiciones de su prestación. A propósito de esto, tenemos ejemplos gratis:

1. Servicios gratuitos que deberán prestarse;
2. Régimen de Tarifas;
3. Monto, lugar y plazo para depositar las fianzas provisionales o definitivas que se establezcan;
4. Designación de la frecuencia y condiciones de prestación;
5. Régimen de propiedad de los bienes, su rescate;
6. Obligaciones y derechos de concedentes y concesionarios consignando las facultades del concedente a vigilar e intervenir. (Aunque esto así como la imposición de multas no exige convención puesto que son atribuciones que nacen del poder de policía y son por lo tanto irrenunciables, no vemos inconvenientes y si ventajas en su prelijación);
7. Los casos de caducidad y las consecuencias que provoca (ampliando las que se enumeran en las leyes);
8. Plazos en que deberá comenzar la prestación efectiva del servicio.

En cuanto a la naturaleza jurídica del pliego de condiciones, ha sido materia de agudas discrepancias que obedecen en su raíz a los distintos puntos de vista sobre la naturaleza de la concesión. Para nosotros, que hacemos nuestra la opinión del Dr. Bielsa, compartida por la doctrina y jurisprudencia dominantes en la actualidad, es un contrato de derecho público. Así tenemos que el prestigioso Consejo de Estado Francés, en su decisión del 23 de junio de 1903 afirmó taxativamente el carácter contractual de las cláusulas de la concesión. (Société Chemins, de Fer Economiques du Nord). La jurisprudencia española, de idéntico modo, ha afirmado el carácter contractual del contenido de la concesión (haciendo abstracción claro está de su aspecto legal o reglamentario) y en este sentido ha dicho: "En todo concurso para la adjudicación de un servicio público las bases o condiciones bajo las que éste se anuncia constituyen la ley que ha de seguir aquélla como contrato, por lo que, concedidas estas bases o condiciones por los concursantes sin formular contra las mismas los recursos legales procedentes, caso de entender que dichas bases no se ajustan a las disposiciones legales y reglamentarias aplicadas al servicio que ha de adjudicarse, hay que entender que consistieron y quedaron sometidas a las mismas (sent. del 4 de julio 1928).

El interés práctico de la cuestión es, como dice Jazé, considerable, ya que todo lo que sea contractual no puede ser invocado sino por las partes contratantes, recíprocamente, y la jurisdicción competente para conocer de ello debe ser el juez del contrato, sin que el público, en el mero carácter de tercero en el pacto administrativo, sin ser parte contractual, pueda prevalerse de estas cláusulas. Todo recurso contencioso formulado por un tercero contra estas cláusulas, o relativa a la ejecución de las mismas, debe ser declarado viciado de la excepción de falta de personería. Es ser *ius alter* para los administrados. Por el contrario, todas aquellas cláusulas del pliego de condiciones que tengan naturaleza reglamentaria, que, como observa el Profesor Rafael Bielsa, es la más importante y domina la operación, puede ser invocada por toda persona interesada, el público, y la jurisdicción no recae en el juez del contrato, sino como dice el Dr. Villar Palasi, en el juez del exceso del poder.

En opinión del Dr. Bielsa, el sistema de la concesión representa una excepción al principio según el cual los servicios públicos esenciales deben ser realizados por el Estado sobre todo cuando se trate de un servicio que por su generalidad, homogeneidad y precio es de interés social directo. Al acudir al concesionario por medio del contrato, surge entre ambas partes una relación de naturaleza financiera destinada a asegurar la remuneración del gestor del servicio, sobre bases que coadyuvan al establecimiento de un ponderado equilibrio en el funcionamiento del mecanismo compensador.

El somero análisis realizado del conjunto de las diversas relaciones expuestas, que vinculan al concedente, concesionario, y administrados,

descubre, sin duda un cierto grado de complejidad, motivada fundamentalmente, por la variada naturaleza jurídica de las conexiones trabadas. Al respecto, nos dice Mayer: "Existe todavía la falsa idea de que todos los derechos de las personas privadas respecto del estado deben necesariamente pertenecer al derecho privado o civil. Todos esos esfuerzos, todos esos rodeos no sirven sino para embrollar las cosas". Posteriormente atribuye ese hecho a la carencia de una noción suficientemente clara y precisa del acto administrativo.

La concesión de servicio público crea para el concesionario un derecho de naturaleza patrimonial, conceptualizado como la atribución de prestar el servicio en las condiciones estipuladas, de conformidad a la ecuación económico financiera, que permite obtener un resultado económico (beneficio) o no (quebranto).

Esta facultad engendrada en el concesionario queda comprendida en el instituto genérico de la propiedad. Desde luego este derecho de prestar el servicio por parte del concesionario, no implica que lo sea en propiedad, pues la potestad administrativa es insusceptible de ser enajenada y menos aun puede ser dada en propiedad a nadie. El derecho que de una concesión de servicio público surge para el concesionario, evidentemente no constituye una propiedad equiparable a la del derecho privado pues se trata de una propiedad condicionada a las circunstancias y motivos que la determinaron legalmente. Más, haciendo abstracción de eso, tal derecho es una propiedad en el concepto constitucional del término y goza, por tanto de las garantías constitucionales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en un fallo sobre concesión de servicios públicos, declaró en forma expresa y concreta que el derecho nacido en el concesionario en virtud de la delegación, constituye una propiedad para el mismo amparada por las garantías consagradas, en la Constitución Nacional. Es más, rechazó la opinión del ministerio fiscal, que le negaba a ese derecho categoría de verdadera propiedad. Dado el interés notorio y manifiesto de la sentencia, consideramos útil su parcial transcripción "Que no es aceptable además, la doctrina sustentada por el ministerio fiscal en primera instancia, según "la cual el derecho que nace de una concesión de servicios públicos, "por no constituir una verdadera propiedad dadas sus características "especiales carece de la garantía constitucional que protege la propiedad y puede en cualquier momento ser reglamentado y restringido "libremente.

"Que es verdad que el concesionario de una línea férrea no es un "propietario en sentido técnico de la palabra. Su derecho se diferencia "sustancialmente del dominio privado por su naturaleza y las limitaciones que reconoce en favor del interés del estado. Pero ese derecho "en cuanto escapa a tales limitaciones, es tan efectivo y respetable como "los bienes que salvaguarda la garantía constitucional en toda la latitud

"reconocida a la cláusula 17 de la Constitución de la Nación por la  
"jurisprudencia de esta corte. Esta ha dicho: "El término 'propiedad'  
"cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras  
"disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses aprecia-  
"bles que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida  
"y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como  
"tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado,  
"sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos, privados  
"o públicos) a condición de que su titular disponga de una acción contra  
"cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mis-  
"mo, integra el concepto constitucional de propiedad. Los derechos  
"emergentes de una concesión de uso sobre un bien de dominio público  
"(derecho a una sepultura) o de las que se reconocen como causa una  
"delegación de la autoridad del Estado en favor de los particulares (em-  
"presas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfonos, explotación de  
"canales, puertos, etc.) se encuentran tan protegidos por las garantías  
"consagradas en los arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estar-  
"lo el titular de un derecho real de dominio. El art. 67 inc. 16 de la  
"Constitución, faculta al Congreso a emplear como medio adecuado de  
"obtener lo conducente a la prosperidad del país, las concesiones tem-  
"porarias de privilegios y habría visible inconsecuencia entre esta au-  
"torización que compromete la fe pública de la Nación en afirmar que  
"los derechos nacidos de aquéllas no benefician de las garantías y segu-  
"ridades que otra parte del mismo estatuto asegura a la propiedad"  
(Suprema Corte, Fallos, Tomo 176, páginas 381-2, in re Empresa de  
los Ferrocarriles de Entre Ríos, contra la Nación sobre cobro de pesos).

En fin, si bien el otorgamiento de facultades al concesionario para la prestación de un servicio público, implica, como bien lo apunta el Dr. Bielsa, una especie o suerte de confesión de incapacidad administrativa del Estado, evidencia por otra parte, y justo es admitirlo, una económicamente acertada de la Administración, el valorar en su correcta medida, sus naturales limitaciones en su aptitud para la prestación eficiente del servicio.

La admisión de las desventajas que ofrece el régimen de la concesión no nos hacen olvidar sus notables beneficios, entre los cuales se destaca el poder jurídico acordado a la Administración de exigir al concesionario eficacia, orden y economía en la prestación del servicio público, sin ser, ella misma, eficaz. En suma, puede exigir del concesionario la prestación del servicio en forma muy superior a la que lo haría ella misma. A la Administración pública le cabe el deber de velar por la regular y correcta prestación del servicio público por el concesionario y le corresponde hacerlo mediante los diversos procedimientos con que el Estado vela por el cumplimiento de sus leyes. (Multas, cláusulas penales, revocación por decisión administrativa, etc.).

Como dice el Dr. Bielsa (2) como se trata de que los servicios no se interrumpen, es de regla la cláusula por la cual la Administración se reserva el derecho de rescindir el contrato de concesión, declararía caduca por prestación irregular del servicio, ya para ejecutarlo directamente o por otro.

Sin embargo, entiéndase bien, continúa diciendo el autor citado, aunque el concedente perciba parte de la ganancia, es decir del beneficio líquido de la explotación, no por eso se convierte en parte coadyuvante del concesionario en sus litigios.

Lamentablemente se advierte una tendencia a tener en cuenta más que el interés general (técnica, eficacia, economía de la prestación), un interés de orden fiscal u otro de naturaleza subalterna.

Eso contribuye a desjerarquizar un sistema indirecto de prestación de servicios públicos, que en su esencia, insistimos, no es reprochable. Es cierto que padece de males endémicos (prevalencia del interés particular sobre el general, concurrencia de intereses contrapuestos, etc.), pero esta circunstancia no nos priva de aceptar la muy probable posibilidad de que el sistema convenientemente depurado, pueda y deba resultar altamente ventajoso para los intereses colectivos.

Aunque no creemos haber aportado una nueva razón, económica o jurídica fuera de las existentes, que fortalezca nuestra adhesión al régimen de la concesión, pensamos que incidentalmente, al poner en descubierto aspectos de este contrato, esperamos haber contribuido si bien muy modestamente, al cultivo del único método apto para el progresivo e ininterrumpido perfeccionamiento de las instituciones jurídicas: el estudio, la meditación y el análisis.

<sup>2</sup> Principios de Régimen Municipal. 5ª Edición Abelardo Pross, Buenos Aires, 1932.



## REGIMENES DE EXCEPCION DE LA LEY Nº 4349

Por NÉSTOR ALBERTO VICENTE

La ley Nº 4349 fue sancionada en 1904 y crea la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones para funcionarios, empleados y agentes civiles de la administración.

Abarca por tanto a gran cantidad de beneficiarios y ha sufrido innumerables modificaciones.

Debemos dejar constancia, que, a fin de facilitar el estudio de los regimenes de excepción y poder realizar un análisis comparativo más claro y eficiente, nos referiremos solamente a la jubilación ordinaria íntegra, sin entrar a considerar el retiro voluntario (que, por otra parte, ha sido eliminado mediante el decreto 1152/63), ni los otros beneficios establecidos en la legislación vigente.

En primer lugar corresponde hacer una breve acotación sobre el régimen jubilatorio imperante. No existen textos ordenados y actualizados de cada una de las leyes jubilatorias. Cada caja se rige por un estatuto legal básico (ej. la ley 4349), dictado al momento de su fundación y modificado por disposiciones relativas al propio régimen, o disposiciones de carácter general, comunes a todos los regimenes.

La tendencia actual de la legislación se orienta hacia este último sistema, o sea el de la uniformidad normativa. Así, por ejemplo, la ley 14.270 estableció la dirección, administración y competencia uniforme a todos los regimenes, y la ley 14.499 que estableció un sistema general de reajustes y adaptación de los beneficios en los regimenes por cuenta ajena. Como contrapartida a la tendencia de uniformidad legal de los regimenes jubilatorios, se han agregado últimamente a nuestra legislación, regimenes de privilegio creados para determinados sectores, que producen evidentemente una diversificación legislativa.

Dentro de cada régimen o caja pueden existir varios regímenes, uno común para la generalidad de los afiliados de esa caja y varios regímenes privilegiados para determinados grupos, como ocurre especialmente en la ley que nos ocupa y que ampara junto a un sistema básico a varios grupos privilegiados.

Llámanse regímenes privilegiados a aquellos que exigen menos años de servicio, menor número de años de edad, u otorgan más haber de beneficio, exigiéndose, en algunos casos, un pequeño mayor aporte que, muchas veces, es reemplazado por un cargo que se formula a Rentas Generales del Presupuesto General de la Nación, lo que acciona aún más el privilegio y llega en algunos casos a desvirtuar fundamentales principios constitucionales (ej. decreto 1049/58).

### **Ley N° 4349**

Analizaremos, pues, la ley 4349, fundamentalmente en sus aspectos posibles de modificaciones de parte de los regímenes privilegiados.

En términos generales, el régimen de dicha ley, comprende el siguiente campo de aplicación:

- a) Empleados del Gobierno Nacional, de organismos descentralizados y de empresas estatales (excepto ferrocarriles, gas y teléfonos);
- b) Docentes;
- c) Empleados de los poderes legislativos y judicial;
- d) Magistrados, legisladores y personal del Servicio Exterior;
- e) Personal de Correos y Telecomunicaciones;
- f) Prefectura Nacional Marítima;
- g) Personal de Institutos Penales;
- h) Empleados de las cajas de Industria y Comercio;
- i) Gendarmería Nacional;
- j) Personal de la Caja.

En cuanto a lo referente a la formación de los fondos la ley 4349 en su texto original establecía en su art. 4º que sería formado por las siguientes asignaciones: 1) Con el descuento forzoso del 5% sobre los sueldos de las personas comprendidas en dicha caja; 2) Con el importe de la mitad del primer mes de sueldo de la persona que por primera vez entrara en la administración; 3) Con la diferencia del primer mes de sueldo cuando alguna de las personas indicadas en el art. 2 (los beneficiarios de la caja) pasa a ocupar un empleo mejor retribuido que el que antes desempeñaba; 4) Con el importe de las multas que en dinero efectivo la administración imponga a sus empleados o a los extraños; 5) Con los intereses de los fondos públicos y renta de otros bienes que la caja adquiera; 6) Con el importe de los sueldos de los empleos vacantes, salvo que el Poder Ejecutivo declare por decreto especial que la no provisión obedece a razones de economía; 7) Con las donaciones o legados que se le hagan; 8) Con la renta de 10 millones de pesos en fondos públicos del 6% de intereses, con que contribuye el Estado; y 9) Con el importe del fondo acumulado por el Consejo Nacional de Educación, en virtud de las leyes 1420 y 1909, que pasa a formar parte del tesoro.

En la actualidad el aporte del trabajador es del 11 % mientras que el Estado aporta el 14%, subsistiendo la renta emergente del 6% de intereses sobre la suma de 10 millones de pesos.

En lo atinente al haber jubilatorio, conforme la ley 4349, surgirá del promedio de los últimos quince años, y estaba sujeto a una escala de reducción de las siguientes características:

hasta \$ 200 . . . . .	90 %
desde \$ 200 hasta \$ 500 . . . . .	80 %
desde \$ 500 hasta \$ 1000 . . . . .	70 %
desde \$ 1000 hasta \$ 1500 . . . . .	60 %
desde \$ 1500 hasta \$ 2000 . . . . .	50 %
más de \$ 2000 . . . . .	40 %

Estas disposiciones, se encuentran modificadas por la ley 14499 (antes de sancionarse esta ley ya había sido objeto ese sistema de la ley 4349 de múltiples modificaciones). Establece, esta ley de carácter general para las nueve cajas que abarcan a los trabajadores por cuenta ajena, que el haber de la jubilación ordinaria será equivalente al 82 % móvil, de la remuneración mensual asignada al cargo, oficio o función de que fuera titular el afiliado a la fecha de la cesación en el servicio o al momento de serle otorgada la prestación, o bien al cargo, oficio o función de mayor jerarquía que hubiese desempeñado.

La escala de reducción establecida por esta ley, fue modificada por el decreto reglamentario 11.732/60 que estableció el siguiente sistema de reducción acumulativo:

más de \$ 5000 y hasta \$ 7000 .	70 %
más de \$ 7000 y hasta \$ 9000 .	50 %
más de \$ 9000 .....	40 %
excedente de \$ 20.000 .....	10 %

Volviendo al tema que nos ocupa, o sea la ley 4349, debemos acotar por último, lo referente a las condiciones de edad y años de servicio necesarios para ser beneficiarios del haber jubilatorio. El art. 18 de la ley, disponía que la jubilación ordinaria se acordaría al empleado que hubiese prestado cuando menos 30 años de servicio y tuviese 55 o más años de edad.

Pasando, pues, a la segunda parte de esta monografía realizaremos el análisis de los principales regímenes de privilegio, tratando de poner especial atención en las notas que caracterizan el privilegio de cada uno de ellos.

#### **Ley 14473 - Estatuto del Docente - Cap. XVII de las Jubilaciones**

Claramente enumera este estatuto, en lo referente al régimen jubilatorio, las excepciones con respecto al régimen general que es el de la ley 4349.

En primer lugar podemos decir que en lo que respecta a la edad, establecida en 55 años en la ley 4349, que no es tenida en cuenta para los docentes que pueden obtener haberes jubilatorios "sin límite de edad".

En lo que respecta a los años de servicio, establecidos en 30 en el régimen de la 4349, para "los docentes de todas las ramas de la enseñanza al frente directo de alumnos, técnicos de inspección o directivos con más de 10 años al frente de grado", se ve reducido a 25 años, que, como ya dejamos establecido no requiere límite alguno de edad.

Además, los docentes que acumulen doce o más cargos tendrán el privilegio de poder ser beneficiarios de la jubilación ordinaria parcial de cualquiera de ellos, indistintamente, siempre que cuenten en el cargo acumulado con cinco años de antigüedad como mínimo. De ser así podrán continuar en actividad en el otro cargo o en hasta doce horas de clases semanales a cargo equivalente, sin que en el resto de su acti-

vidad docente puedan obtener ascensos, ni aumentar el número de clases semanales.

Es de hacer notar también, que el estatuto del docente establece que el monto del haber jubilatorio no podrá ser menor al 82 % del sueldo en actividad, sin escala de reducción. Es un sistema automático y permanente de adecuación de las remuneraciones que, debido a contingencias imprevistas ajenas al principio, como es la insuficiencia del erario público, puede ver circunstancialmente interrumpido su cumplimiento.

El importe que deben realizar los afiliados conforme lo dispuesto por la ley es del 12 % de las remuneraciones percibidas por el personal en actividad, mientras que el Estado contribuye con el 14 %.

#### **Ley 14514 - Jubilaciones y Pensiones para el Personal del Poder Legislativo de la Nación**

El carácter distintivo de este régimen, está principalmente consignado en su art. 29 que dice que: "El haber jubilatorio ordinario será equivalente al 82 % de la retribución mensual, incluidos los adicionales, cualquiera sea su concepto, asignada al cargo de que fuere titular el afiliado a la fecha de su cesación en el servicio, o al de mayor jerarquía que hubiere desempeñado durante un período de doce meses consecutivos, como mínimo".

"Este haber se actualizará cada vez que las retribuciones del cargo o función para el que fue calculado, cualquiera fuere su denominación futura, experimenten variaciones en virtud de la ley de presupuesto u otras especiales".

Además establece en su art. 39 que regirá para los afiliados, en actividad o retiro, exigiéndoles 5 años de servicios en el Poder Legislativo, medidos a la cesación en el servicio, o de lo contrario 15 años de actividad, continuada o no, en dicho poder.

El aporte es del 12 % y el Estado realiza una contribución del 14 %. El art. 11 establece taxativamente que la ley no comprende a los legisladores.

#### **Ley Nº 12925 - Servicios Privilegiados del Personal de Correos y Telecomunicaciones**

Evidentemente, es éste uno de los regímenes que más claramente muestran la serie de privilegios con que han sido beneficiados.

Podemos comenzar citando la reducción que determina en lo referente a la edad y a los años de servicio exigidos. De 55 años de edad

requeridos por la ley 4349, se reduce a 50 en la legislación que nos ocupa, mientras que, en los años de servicio que deben computarse, que eran 30 en el régimen de la 4349, pasa a ser de 25 años para el personal de Correos y Telecomunicaciones.

No cesa ahí el privilegio, pues, además, de acuerdo al texto del art. 2º puede realizarse la siguiente compensación: Si el afiliado hubiere prestado servicios durante un período mayor, podrá compensar con el exceso de servicios al tiempo que le faltase para cumplir la edad indicada, en proporción de dos años en más de servicios por uno menos de edad.

Existe también, una bonificación del 2 % del haber jubilatorio por cada año que exceda de los 50 de edad y los 25 de servicios.

En cuanto al monto del haber jubilatorio, será del 90 % del sueldo básico hasta la cantidad de \$ 500 y el 80% sobre el excedente.

Los aportes de los trabajadores son, en la actualidad del 13 % y las contribuciones del Estado asciende al 24 %. Ya en el texto de la ley 12.925, estaba reflejado lo gravoso que significa al Estado el sistema jubilatorio del personal de Correos y Telecomunicaciones. El art. 5º establecía que el Estado saldaría las diferencias entregando a la Sección Ley 4349 del Instituto Nacional de Previsión Social obligaciones de Previsión Social del 4%, año 1946, por el monto necesario.

#### **Decreto Ley 1049/58 - Personal del Servicio Exterior**

Este decreto ley modifica el régimen de previsión del personal del Servicio Exterior de la Nación (ley 12.951).

Establecía que el monto de las diferencias que resultaren entre el haber que corresponde por jubilación, pensión o retiro en virtud de la presente ley y el de las leyes en vigencia, se tomarían de rentas generales de la Nación con imputación a la ley de servicio exterior. Si por las leyes vigentes no correspondieran ninguno de los beneficios que se acuerdan por la presente, la totalidad de la prestación se tomará de rentas generales.

Los derechos enumerados por el decreto ley, serán reconocidos a quienes en ese momento estaban jubilados, retirados o que hayan cesado en sus funciones por causas que no les sean imputables.

En lo que se refiere a los haberes jubilatorios, dispónse que los ya jubilados del servicio exterior recibirán el 82% neto de los sueldos y complementos de sueldos, con o sin descuentos, asignados anualmente según sus categorías al personal en actividad.

### **Decreto Ley 5567/58 - Personal del Poder Judicial**

Este decreto ley dispone la aplicación de lo dispuesto por el decreto ley 1049/58 al personal del Poder Judicial de la Nación, que entraba comprendido en la ley 12.579.

Establece de la misma manera que el decreto anteriormente analizada que los gastos demandados por la aplicación de sus disposiciones se tomarán de las rentas generales de la Nación.

### **Ley Nº 12.993 - Régimen de Retiros y Pensiones del Personal de Policía de la Prefectura General Marítima**

El régimen establecido por esta ley que no habla de jubilaciones, sino que las denomina retiros, admite dos formas de realizar el mismo: Voluntaria y obligatoria.

El retiro obligatorio se produce por haber alcanzado el límite de edad (entre 50 y 60 años de acuerdo al grado alcanzado) o por haber sido declarado inepto para continuar en el ejercicio de su empleo.

Para tener derecho a haberes de retiro, cuando éste es realizado voluntariamente, deben computarse como mínimo 17 años de servicio.

El haber de retiro, en la ley que nos ocupa, es proporcional al tiempo de servicios computados y se establece teniendo en cuenta para su fijación el monto del último sueldo percibido. Este haber, expresaba la ley, no puede ser inferior a los \$ 100.

Similar privilegio que el observado para el personal de servicio exterior, obtienen los beneficiarios de esta ley, cuyo art. 22 dispone que: "El Poder Ejecutivo depositará mensualmente en el Banco de la Nación Argentina y a la orden del Instituto Nacional de Previsión Social (sección de la ley 4349) la diferencia entre el monto de los retiros y pensiones acordados de acuerdo con la presente y el monto que hubiere correspondido conforme a la ley vigente, en el momento en que ellos sean otorgados". El gasto demandado sería hecho de rentas generales, hasta tanto fuese incorporado al presupuesto general de la Nación.

### **Decreto 23.896/56 - Régimen de Previsión para el Personal de Seguridad y Defensa**

Este decreto modifica lo dispuesto por las leyes 12.992 sobre Personal de la Prefectura Marítima y 13.018 sobre retiros y pensiones del

personal del servicio penitenciario de la Nación, que es, en términos generales a la ley 12.992.

Establece este decreto que los haberes de los beneficiarios de las leyes 12.992 y 13.018 no podrán ser inferiores al 82 % de las remuneraciones asignadas por presupuesto para el grado respectivo al personal de cada jurisdicción en actividad.

**Ley Nº 16.092 - Modificaciones a la Ley 14.514 (Jubilaciones y Pensiones para el Personal del Poder Legislativo de la Nación)**

Amplía esta ley, el ámbito de los beneficiarios de la ley 14.514, ya que agrega al art. 5º de esa ley que "Los ciudadanos que hayan desempeñado o que desempeñen representaciones legislativas nacionales podrán optar por el régimen de la presente cualquiera fuese el tiempo de desempeño de su mandato". Consecuente con ello, la ley que nos ocupa, deroga el art. 11 de la 14.514 que establecía que, en su disposiciones no quedaban comprendidos los legisladores.

Quedan, de esta manera, brevemente analizados los regímenes de excepción o privilegio comprendido dentro de los términos generales de la ley 4.349.

\* Organización de la Previsión Social Argentina, por Juan José Eula. (La Ley t. 100 pág. 978).

\* Jubilaciones, pensiones y costo de vida. Evolución del régimen legal argentino, por Juan José Eula. (La Ley t. 86 pág. 819).

\* Jubilaciones móviles y pensiones de productividad. Sistema de seguros sociales en Alemania Occidental, por Juan José Eula. (La Ley, t. 103).

\* Las jubilaciones y pensiones civiles de la Nación, de José M. Gotti Marzano.

\* Previsión Social Argentina. Recopilación ordenada Congreso de la Nación, 1952.

\* Anales de Legislación Argentina.

\* Constitución Nacional, Seguros Sociales y Jubilaciones y Pensiones, por Juan José Eula. (Revista de Seguridad Social, Nº 3).

## LAS IDEAS POLITICAS DE ALBERDI

POR JORGE LUIS CAMFORASSI

*"Tu se'lo mio maestro e il mio autore" . .*

INFERNO, I, 85

*"Debemos conservar la obra política de la Revolución . .  
pero debemos erradicar a la revolución de esta obra".*

CHATEAUBRIAND

### I

En 1837 (como en 1852) la Nación Argentina no existía sino en la inteligencia de algunos obstinados idealistas. El territorio del antiguo Virreinato del Plata se encontraba dividido en una miríada de estados "independientes y soberanos" con escasas relaciones de derecho internacional y una cerrada conciencia colectiva regionalista (<sup>1</sup>). La desintegración de las estructuras hispánicas, la constante guerra social y el predominio político de los caudillos basado en la presencia de las montañas, produjeron una dispersión del centro de poder y posibilitaron el olvido de las tradicionales nociones de subordinación jurídica. Juan Manuel de Rosas, como Rivadavia en 1822, percibió intuitivamente esta disgregación estatal argentina y sostuvo el argumento de la impreparación del país para la unidad en una normación constitucional, impreparación que —en lenguaje corriente— significó retardo indefinido de una solución sistemática. Desde 1831 las regiones sudamericanas estaban políticamente estructuradas en una confederación interestatal y, el llegar al sistema federativo —anhelado desde el ascenso de

<sup>1</sup> No puede confundirse *fedalismo* con *federalismo*, como suelen hacer numerosos historiadores por desconocimiento de la terminología política científica. Cf. José INCANZIANO, *Sociología Argentina*, 37-38 (1946). Las actuales provincias constituyeron (algunas hasta 1860) unidades estado soberanas. Desde que las *Intervenciones de Aragón* (artículo 11º) y las del *Congreso* (artículo 9º) reconocieron "soberanía, libertad e independencia" para las partes en que se había dividido el antiguo Virreinato, las constituciones provinciales volvieron a repetir el epitafio y se reflejó social.

nuestra historia (2)— implicaba coherentemente la unión real de los estados-provincias y la sanción de una constitución nacional (3). Esta lógica perspectiva fue desechada conscientemente por el sociologismo historicista inciso en el rosismo. "Observese que una república federativa es lo más quimérico y desastroso que pueda imaginarse, toda vez que no se componga de estados bien organizado en sí mismos... De consiguiente, si dentro de cada estado en particular no hay elementos de poder para mantener el orden respectivo, la creación de un gobierno central representativo no sirve más que para poner en agitación a toda la república" (4).

La denominada Generación del 37 —primera argentina (5)— comprendió que el problema político argentino era esencialmente dialéctico y entendió realizar la síntesis de las tendencias institucionales aisladas: "Facción Morenista, facción Saavedrista, facción Rivadavista, facción Rosista, son para nosotros voces sin inteligencia; no conocemos partidos personales, no nos adherimos a los nombres: somos secuaces de principios... Nosotros no conocemos más que una sola facción, la Patria; más que un sólo color, el de Mayo" (6). Como rímelas de Luis Felipe, los jóvenes intentaron agrupar a la juventud en una nueva orientación ideológica llamada del *jeu milieu*, pues, escindida de ambas corrientes políticas, recogió sus principios de la inspiración que las sustentaba. La Generación, "que unitarizaban los federales y federalizaban los unitarios" (7), en pocas oportunidades se sintió consustanciada con los congressionalistas —de los que espiritualmente estaba más próxima a través del ideal común de nacionalidad— pues "ellos no han pensado nunca

<sup>2</sup> Desde 1815 las "instrucciones" de una provincia alportana establecieron que "la Constitución debe ser precisamente federativa". ADURRIBÉ PASCIO, *Las Instrucciones de Arriagar y Las de los alportas de Poses en 1815*, en *Revista "De Nuestras Historias"*, Año 1, N.º 11, 7 (agosto de 1916).

<sup>3</sup> "Lo que en una república seora, se convirtió en una confederación uniforme de estados, hasta 1852 en que parte de las provincias se unieron en un gobierno federal constituido" (DOMINGO F. SARMIENTO, "El Nacional", 19 de agosto de 1856). Cf. *Obras Completas*, XVII, 15 (1956).

<sup>4</sup> Carta de Juan Manuel de Rosas a Fernando Quiroga (20-III-1844), en ARCHIVO GENERAL DE LA NACION, 3-3-4, N.º 134. Véase, J. M. SAROBE, *El General Urquiza*, II, 223-224 (1941).

<sup>5</sup> La Generación nació con la independencia. Gutiérrez (1809), Alberdi (1810), Sarmiento (1811), López (1813), Felas (1816), Miramón (1817). Los mismos miembros peribieron en proletariado. "Yo he nacido en 1811, el noveno mes después del 25 de mayo" diría Sarmiento, y, coincidentemente repetía Alberdi que "he nacido con la Revolución; me he criado con ella". Cf. D. F. SARMIENTO, *Obras Completas*, III, 151 (1949). J. B. ALBERDI, *Ensayos póstumos*, XV, 268.

<sup>6</sup> E. ECHIBERRÍA, *Obras Completas*, IV, 6.

<sup>7</sup> E. ECHIBERRÍA, *Ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*, en "Doctrina Socialista" (Ed. Anzoátegui), 84 (1947).

sino en una restauración" en tanto que "nosotros queremos una regeneración" (9). Quizás por ello, aunque percibiendo que la tendencia federal hacía tambalear la unidad real de la nación, se comprometió rotundamente durante la época del *Salón Literario* —fundado a mediados de 1837— en un acercamiento con Rosas (10). En el Discurso Inaugural, Saastre lo llamó "hombre grande que nos presenta la providencia" (11), y, coincidentemente, el *Fragmento preliminar* apareció como un estatuto intelectual ofrecido al tirano y una conciencia tentativa de colaboración (Andrés Bamas). Como consecuencia necesaria, imbuído sibilinamente entonces, presentarse como pretensión de justificar filosóficamente el sistema. "La plenitud de un poder popular es un síntoma irrecusable de su legitimidad. "La legitimidad del gobierno está en ser" —dice Lermínier—. Ni la historia ni en el pueblo cabe hipocresía, y la popularidad es el signo irrecusable de la legitimidad de los gobiernos. . . Rosas, considerado filosóficamente, no es un déspota que duerme sobre bayonetas mercenarias. Es un representante que descansa sobre la buena fe, sobre el corazón del pueblo" (12).

Rosas, sin embargo, respondió indirecta y anticipadamente a la idea de mixción de las tendencias e ideas contenida en el *Dogma Socialista* ("el último resultado de la fusión doctrinaria. . . es una fusión política y social") rechazando la conciliación propuesta, pues era "necesario desengañarse de una vez de esa falsa idea de fusión de partidos, difundida y propagada con arterias por logias unitarias para adormecer a los federales" (13). Como consecuencia inmediata de esta situación y de la presencia dominante de Echegaray —que infundió un nuevo espíritu a la juventud al ser quien primero condenó sin eufemismos el régimen invitando a una acción positiva para reencontrar los ideales mayistas— involucionó unánimemente la posición vivencial de la Generación (14). En 1838 "todo el mundo llegó a estar de acuerdo en que

9 E. ECHEVERRÍA, *Obras Completas*, V, 457. Cf. IV, 7. J. B. ALBERTI, *Obras Completas*, I, 264.

10 Cf. J. BRAZDUTA, *Alberdi en 1838*, en "Estudios Históricos", 155-172 (1952). J. M. MATTEO, *Alberdi y su tiempo*, 152-157 (1965). B. CANAL-FRUIJO, *Constitución y Revolución. Juan Bautista Alberdi*, 153-158, 152-156 (1955).

11 "El Diario de la Tarde", 13 de julio de 1837.

12 J. B. ALBERTI, *Obras Completas*, I, 111, 123. Esta valoración perduró. Cf. E. ECHEVERRÍA, *Obras Completas*, IV, 41. B. CANAL-FRUIJO, *Constitución y Rev. Social*, 153, 154, 156 (1955).

13 Carta a Martín Yancón (13-2-1835), en ALBERTO MAGARIÑO CERVANTES, *Estudios históricos, políticos y sociales sobre el Río de la Plata*, 205 (1894).

14 Sobre las diferencias entre el "Dogma" y el "Fragmento", vide B. CANAL-FRUIJO, *Constitución y Revolución*, 188-195 (1955). La noción central del *socialista* es estudiada por H. H. FAZ, *La organización del estado argentino en el Dogma Socialista de la Asociación de Mayo*, en F. J. LEGÓN, "Doctrina Política de la Asociación de Mayo", 275-306 (1939).

los padecimientos anteriores y actuales del país eran debidos a los dos partidos que hasta entonces se alternaron en el poder... Se comprendió que la dicha del país residía en la emancipación del predominio de las dos facciones y en el establecimiento de un sistema de cosas y personas que no fuesen ni lo uno ni lo otro. La juventud era llamada a representar este nuevo sistema: lo comprendió, formuló su pensamiento y se puso a practicarlo" (16) y, como consecuencia, "pensamos en la Asociación de Mayo o Logia Secreta" (17) que se constituyó en julio de 1838 con el nombre de Asociación de la Joven Generación Argentina (18).

La compleja situación rioplatense se complicó con los prodromos de la "cuestión francesa", que tuvo como reflejo engendrar un estado de alienación en las masas federales, posibilitando que el gobierno bonaerense se aproximara paulatinamente a un autocratismo terrorista nunca visto en las regiones cisplatinas. Obscuros peligros comenzaron a amenazar a los rebeldes miembros de la Asociación —que simpatizaban abiertamente con Francia— y el ambiente se volvió irrespirable y oprimiente para aquellos que deseaban conservar una mentalidad libre de humillantes imposiciones (19). Se hizo evidente en forma definitiva que no era posible una colaboración inteligente y que el sistema confederalista nunca retomaría la senda luminosa de los principios liberales, pues se orientaba gradualmente hacia la restauración del pasado hispánico. "Entonces fue que todo el mundo cambió de ruta (no de fines, porque los fines siempre habían sido uno), y fue una creencia universal la que las bayonetas y no las ideas cambiarían la situación de la República Argentina" (20). *Abjiciamus opera senectutium et induamur arma lucis*. "La juventud dejó inmediatamente la revolución inteligente, y se entregó a la revolución armada; dejó las ideas y tomó la acción... dio la cara y se proclamó en guerra abierta con la tiranía" (21). Comenzó la diáspora peregrinal, que se prolonga por un decenio para algunos y que para muchos sería sendero sin retorno. Pero su separaron con un deseo esperanzado. "Que cuando aparezca el nuevo sol de Mayo, nos vea a todos reunidos en las filas de los libertadores y regeneradores de la patria" (22).

16 J. B. ALBERDI, *Ensayos póstumos*, XV, 432, 433.

17 J. B. ALBERDI, *Ensayos póstumos*, XV, 297.

18 J. M. MAYOR, *Alberdi y su tiempo*, 129 (1963). La "Asociación" participó activamente en la constitución de Mayo en 1839. Cf. A. SARRIÁN, *Historia de la Confederación Argentina*, III, 596 (1911).

19 J. B. ALBERDI, *Ensayos póstumos*, XV, 358.

20 J. B. ALBERDI, *Ensayos póstumos*, XIII, 486.

21 J. B. ALBERDI, *Ensayos póstumos*, XV, 435.

22 E. SCHREIBER, *Obras Completas*, V, 369. Cf. J. IBAÑETA, *Alberdi en 1838*, en "Estudios Históricos", 172-207. (1932).

De esta manera, las especiales circunstancias políticas que inconcientemente determinaban sus reacciones emotivas e intelectuales, tuvieron como consecuencia permitir su transmutación en la primera generación americana —inducida decisivamente por las imposiciones de una realidad ineludible— que adoptó una posición creadora de íntima filiación racional (21). Sus integrantes se sintieron comprometidos con la época y, conscientemente, sostuvieron el peso de su responsabilidad social. Es por ello que la especulación de la Generación no apareció como filosofía pura —teoría general abstracta— sino como praxis política. El verbo debía llevar al país a la organización y la democracia. "Política que tenga otra mira, no la queremos; filosofía que no coopere a su desarrollo, la desechamos; religión que no la sancione y no la predique, no es la nuestra... industrias que no tienda a emancipar a las masas y elevarlas a la igualdad sino a concentrar la riqueza en pocas manos, las abominamos" (22). Fue una "literatura comprometida" de finalidad inmediata, realizada bajo el impacto del tiempo histórico y concebida para modificar la sociedad hispanoamericana: pensada para construir una nacionalidad y hacer un estado institucionalizado mediante sus órganos funcionales de poder.

Para responder a la teoría historicista del rosismo, los jóvenes componentes de la Asociación propusieron a la inteligencia rioplatense la idea promocional como único sendero por el cual debería transitar la reforma de la estructura mediterránea-y-local argentina. Si los acontecimientos favorecían al dar la razón a Rosas, había que anticiparse y

<sup>21</sup> En lugar común se refiere al historicismo de la Generación y, en especial, a los elementos que conformaría el Fragmento. La tipología histórica de Mayo y Saravigny, sin embargo, contempla la construcción real de un país y un filosofía histórica implícitamente el mismo que pretender, llegando a la glorificación conformista del hecho histórico (en este caso Rosas). La Generación no podía entonces tomar conscientemente al historicismo sino como instrumento, explícito de la realidad social del país. Por otra parte Hegel —que influyó decisivamente en las ideas albertianas a través de Jouffroy, Lavallée, Cousin y Leroux, vide R. A. OZGAZ, *Visión Fiel de López y la filosofía de la historia* (1938)— siempre criticó la teoría de la *volunté générale* positivista (cf. *Verde*, VIII, 25) y el historicismo positivista (cf. *Verde*, XVI, 266). "Las verdades del espíritu nunca son dejadas ciegas; el hecho no es lo imperioso, sino que es resucitado por el espíritu" (*Verde*, II, 303). También hablan de historicismo albertiano, R. A. OZGAZ, *Alberdi y el historicismo* (1937). D. V. DOMÍNGUEZ DE GUZMÁN, *Un filósofo argentino en el siglo XIX: Juan Bautista Alberdi*, en "Revista de la Universidad de Buenos Aires", Año V, Nº 3 (septiembre), 346, 347, 352, 356 (s. d.). Recientemente, un autor llegó a declarar que "un aborrecido hábito del materialismo histórico de Alberdi que fue —sin duda— un comentario literario" (A. S. GARCÍA SARRASUA, *El sentido espiritual de Alberdi*, conferencia, en "La Prensa", 13 de octubre de 1964). Para una justa valoración de los elementos historicistas y racionales, cf. J. IBAÑETA, *Alberdi en 1838*, en "Estudios Hispánicos", 146, 147 (1952). R. CANAL-FRÍJOS, *Alberdi. La perspectiva sistemática del espíritu de Mayo*, 72-78 (1961).

<sup>22</sup> E. ECHIBURUA, *Obras Completas*, IV, 72.

generar historia. El primer móvil que se impusieron reflexiva —y muchas veces actuando subconscientemente a través de actos literarios reflejos— los miembros de la Generación fue, entonces, superar el momento social, reacomodar la geografía política sudamericana e implantar una clara mesocracia.

Alberdi asumió el compromiso otorgando fundamento filosófico a esas fragmentarias ideas al integrarlas en un sistema coherente de teleología positivista integral que apareció como teoría programacional, comprendiendo que "un filósofo sin sistema no puede llegar a ser nada científicamente" (72). En este sentido no fue un realista objetivador, un sociólogo preocupado por la esencia telúrica nacional, sino un concretista que, en nombre de sus ideas e intenciones, abjoró la soledad de la sociedad continental al proponerse construir las bases del espíritu de la nueva comunidad estatal. La filosofía alberdiana no es, pues, un pensar de la nacionalidad sino una filosofía para una nacionalidad: en última instancia surgió como superación dialéctica, síntesis de tendencias aparentemente antagónicas pero convergentes, racionalización intelectual de la realidad —que llamó "espiritualismo ilustrado"— y, porque constituyó superación no puede comprenderse como pensamiento conciliador (73).

Alberdi afirmó que, para alcanzar una nacionalidad, debía encontrarse una enelequia construccional previa y, para llegar a ambas, era indispensable un supuesto especulativo. "Solo partiendo de una filosofía será posible alcanzar una nacionalidad" superando el "caos de antítesis" en que se debatían contradictoriamente los pueblos interiores. La prognosis de los fines debe ser previa al plan y la indagación de los medios-instrumentos, pero no hay que entenderlos como enunciados dialécticos: son, por el contrario, dos instantes fugaces e íntimamente ligados de la totalidad que se expande en todas partes. No existe, entonces, distancia verdadera entre el camino y la meta. La metafísica alberdiana parte, así, de la premisa ineludible que la "constitución nacional" encuentra sus bases en una aprehensión general cosmológica. Esta intelección racional debe comprender la plena conciencia que cada comunidad regional se encuentra inserta o englobada en un esquema general del universo y que, por ello, el ideal político (estado) debe traducir en sí el anhelo nacido de llevar el orden local-y-relativo a la suprema perfección de lo universal-y-absoluto. Esta intuición es la que permite comprobar la "unidad y solidaridad de la Civilización".

Se trata en definitiva de convertir lo racional en real y lo real en racional. Hegel —cuyas doctrinas conoció en segundas lecturas a través

<sup>72</sup> F. HUGEL, *Werte*, VI, 22 (Ed. Luzzo). Omitimos en adelante la dación de las citas alberdianas: como este trabajo pretende ser una visión lógica de esa obra, su intención permite ciertos cruces que fragmentarían la comprensión.

<sup>73</sup> J. L. ROCAÑO, *Las ideas políticas en Argentina*, 129-168 (1946).

de intermediarios franceses— le acompañó en su intento (23), ya que el problema que se presentó a la inteligencia de ambos era similar o sea, de creación: debía tratarse de sacar de la razón, no reglas abstractas que flotan sobre hechos fortuitos, sino una conexión immanente de contenidos concretos, pues el siglo llevaba insito en sí la idea de la organización revolucionaria (24). La entidad no se inventa—nada conocido a lo nacional, sino finalidad y debe comprenderse como término aunque no como acabamiento. “El estado es la voluntad divina, en el sentido de espíritu presente en la tierra, que se despliega para convertirse en forma y organización real del mundo” e insisto en el cual “lo universal está ligado a la plena libertad de sus miembros y a su bienestar privado” (25). De esta manera, se concluyó en la yuxtaposición de las nociones de Nación y Estado, pues “una nación no es una nación sino por la conciencia reflexiva y profunda de los elementos que la constituyen... Se confunde la unión con la unidad, la unión y la unidad con la uniformidad. Dos pueblos independientes son susceptibles de unión. La unión no los refunde, ni confunde en uno solo”. La nacionalidad se presenta entonces como autoconciencia determinante de una voluntad nacional específica (26), y, de allí, la consecuentemente lógica posibilidad de anticiparse idealmente a los sucesos creándolos por la constitución de una conciencia general.

De esta manera, el creacionismo formal americano basó el basamento de la organización política nominal en la razón universal excluyente de todos los pluralismos considerando que la totalidad es integridad (integración final) al constituir un “ser-para-sí” dentro del cual desaparecen los antagonismos cuajados de dispersión. Esta política no implica una *coincidente oppositum* o unidad de contrarios, sino —como en Hegel—

<sup>23</sup> Hegel escribió en 1802 un ensayo sobre la constitución real alemana (*del Verfassung Deutschlands*) en que determinaba que Alemania “no era un estado” sino una entidad heterogénea de elementos políticos. Alemania no sería por el particularismo estatal y el particularismo individual: aunque los alemanes forman una nación no aprendieron a subordinar las partes al todo y organizar un gobierno general centralizado (cf. *Ídem*, VII, 9-117). Hegel no predicó un quietismo conservador, ya que al proponer la realidad de un estado que “debe ser” constituido concretamente, se alejó de la glorificación del momento histórico. El revolucionario afirmaba que “todo lo nacional es real y todo lo real es nacional” es explicado positivamente en su inconformista sentido al decir que “el ser es un puro fenómeno y solamente en parte existencia” (*Enciclopedia*, § 6).

<sup>24</sup> Althusser comprendió que “la filosofía del siglo XIX no es la filosofía del siglo XVIII, porque cada siglo... tiene también su filosofía peculiar”, pero recibió por uno de sus miembros la idea que, así como “la filosofía del siglo XVIII ha sido revolucionaria, la del siglo XIX debe ser organizadora”. Cf. SAINT-SIMON et D'ENFANTIN; *Ouvrage*, XXII, 135 (1867).

<sup>25</sup> F. HUGER, *Philosophie des Rechts*, § 270, § 260 edición.

<sup>26</sup> “El estado —dice Hegel—, como la realidad de la voluntad racional, que lleva la autoconciencia especial elevada a su generalidad, es lo nacional en sí y para sí” (*Ídem*, VIII, 313).

"unidad de la unidad y de las contradicciones". Es, pues, *signosis* dialéctica y continuamente dinámica de lo finito como equivalente a elevación por encima de lo fragmentario e inacabado: así, la superación del regionalismo feudalista deberá conseguirse por el nacionalismo, entendido como orden abstracto unitario superior a lo individual. "La unidad no es el punto de partida, es el punto final de los gobiernos, la historia lo dice y la razón lo demuestra. . . *construir el país*, quiere decir consolidar, uniformar, nacionalizar ciertos objetos en cuanto a su régimen de gobierno". Es la íntima coexistencia que adviene cuando el objeto surge como fusión de los elementos constituyentes y los fines individuales se identifican con los generales hasta confundirse. Recién entonces el hombre dejará de ser un *tercer filar* y se convertirá en integrante de una sociedad. "En el hecho de ser ciudadano de un buen estado empieza el individuo a valer como tal" (27).

La idea de totalidad como desideratum implicaba la negación pesimista de las situaciones meramente epistémicas porque, en realidad, "el Mundo no se ocupa de Provincias". El federalismo supone algo pequeño e inacabado ("la federación es un paso de transición hacia la unidad nacional") que consecuentemente lleva implícita una concepción política naturalista al encontrar su justificación filosófica en la sobrevaloración de meros factores geográficos o telúricos. Por ello Alberdi desahució sin atenuantes todo lo que fuera lugareño o local. "Una provincia en sí es la impotencia misma, y nada hará que no sea provincial, es decir, pequeño, obscuro, miserable, provincial, en fin". El agrupamiento de estados diferenciados no constituye la unidad general. "La coexistencia de quince gobiernos significa la ausencia total de gobierno. . . Los organizadores de ese desgobierno pretenden justificarlo con llamarlo *Federación* o imitación del gobierno múltiple de los Estados Unidos de América", cuando lo cierto es que la concepción federalista surge solamente en momentos históricos determinados como consecuencia de la desorganización estatal de una comunidad política. "El provincialismo, en fin, llamado más tarde *federalismo* por Rosas y sus secuaces, fue la obra natural de descomposición del gobierno general". Consecuentemente, todo lo que es provincial debe ser apartado en la obra de constitución nacional ya que "solo es grande lo que es nacional o federal" y solamente aquellos que entienden este proceso apriorístico pueden llamarse argentinos, pues "el hijo de esos países que no ve la Nación más arriba de la Provincia, que no ve la Rep. Argentina arriba de la provincia de su nacimiento, no es argentino, no está en la vida general y colectiva del país" (28).

27 F. HERRERA, *Wanda*, VIII, § 135 edición.

28 Alberdi coincide en este aspecto con Hegel (cf. *Wanda*, VI, 52) y con Benjamin Constant, en la idea de provincia como símbolo de comunidad lugareña limitada en razones geográficas y de tradición ancestral sociológica: su concepción del estado-provincia es, pues, crítica de la que realza aquellos que admiran el sistema

¿En qué continente y con qué contenido deben amalgamarse esas percepciones especulativas? "En la regla de existencia de los seres colectivos que se llaman estados" o constitución nacionalista. "La República Argentina, simple asociación tácita e implícita por hoy, tiene que empezar por crear un gobierno nacional y una constitución general que le sirva de regla". En consecuencia, Alberdi desarrolló la noción de una forma convertida en idea inmanente que se realiza en cada estudio histórico a través de lo fenoménico y que eslabona la interrelación de la esencia universal absoluta con los fenómenos particularizados. Trasladando esa idea metafísica al plano institucional, propuso la concepción idealista de una antiteiquia previa —marco que limita y comprime los regionalismos internos— como instrumento para realizar la génesis del estado nacional. Por ello, creyó vehementemente que esa constitución debía contener algo mágico, pues su misión era crear un pueblo, sus costumbres e instituciones<sup>(21)</sup>, una constitución, entonces, "que tenga el poder de las Hadas, que construyan palacios en una noche". En esta noción se encontraba evidentemente la idea subyacente que el acto constituyente nacional debe lógicamente aparecer con prelación a la normación de las relaciones interiores, "La Constitución general de la República debe preceder a las Constituciones provinciales... procediendo sintéticamente, la organización del país debe empezar por la sanción de la Constitución general y descender de los principios y bases contemplados en ella a la organización provincial, que debe modelarse sobre la general, y no viceversa... Este método de organización... es el de todo país que rompe con la tradición y adopta el derecho racional por punto de partida"<sup>(22)</sup>. Construir el país es nacionalizarlo. Alberdi retornó aquí la idea unitaria de 1826<sup>(23)</sup>. ¿Qué es la unidad o cons-

<sup>21</sup> "nacionalismo." "Let's start making," el mismo presidente [alberdi] "and let's elaborate theories political; el constitucionalismo es el punto de partida de la nacionalidad. Empezamos primero el molde, o sea, la Constitución que hacemos a los pueblos. Pero se aparta de los moldes. En fin se conseguirá por una forma federalista, pues ella es organizadora de la "debida nacionalidad" y, por ella, supera los antagonismos regionales. Cf. K. C. WENZEL, *El federalismo y la creación de naciones*, en MACHAMON, "Principios del federalismo" (1959).

<sup>22</sup> Gutiérrez, vocero de Alberdi en la Asamblea Constituyente de 1853, dijo en la sesión del 20 de abril, "que la Constitución Nacional estaba nacida en el molde de los Estados Unidos, porque sólo había dos formas de organizar el país: "tomar la constitución de los comanches" (barbarismo) o "darle el código que debía crear ese carácter, hábitos y costumbres, si no los tiene". Cf. E. RAVIGNANI, *Asamblea Constituyente Argentina*, IV, 483 (1938).

<sup>23</sup> Nota al artículo 7 del Proyecto de Constitución.

<sup>24</sup> "Es necesario construir y organizar el país, es necesario nacionalizarlo — decía Agüero en el Congreso— ...nacionalizar los pueblos no importa otra cosa que subordinar todos los intereses locales y todos sus particularismos al interés y todas las demás cosas nacionales. Nacionalizar los pueblos, es hacer que los pueblos conozcan su centro desde el cual se difunden a todos los puntos del territorio, los principios de una libertad nacional, y sobre todo los efectos de una prosperidad, por la que los pueblos y cada uno de los hombres deben trabajar". Cf. E. RAVIGNANI, *Asamblea Constituyente Argentina*, II, 781 (1937).

lidación del gobierno? Es la desaparición, es la absorción de todos los gobiernos locales en un solo gobierno nacional". La verdadera constitución "es el orden orgánico de los distintos elementos de un pueblo en virtud del cual todos esos elementos parten de un fin y van a un fin. Crear esta armonía y este fin común, es construir un pueblo". Ello necesariamente implicaba también que el acto constituyente no podía consistir en un simple tratado multilateral de estados independientes ni una unión confederacional similar al Pacto de 1831. "Una constitución no es una alianza. Las alianzas no suponen un gobierno central, como lo supone esencialmente una constitución", por lo que no puede olvidarse que, al no ser una simple liga de estados soberanos, debe involucrar "una fusión o consolidación de los habitantes de todas las Provincias en un Estado General Federativo". La Argentina necesitaba por sus especiales características sociales y psicológicas "una federación unitaria o una unidad federativa... (un) sistema mixto, que abraza y concilia las libertades de cada Provincia y las prerrogativas de toda la Nación... Será, pues nuestra forma normal un gobierno mixto, consolidable en la unidad de un régimen nacional"<sup>24</sup>. La conciencia colectiva nacional se conseguirá, entonces, por medios económicos y por la acción unificadora de un gobierno central poderoso (poder ejecutivo fuerte), concepción en la que se encuentran resabios manifestos de la idea monárquica europea de conducción casi autocrática<sup>25</sup>. "Chile ha resuelto el problema (entre la falta absoluta de gobierno y el absolutismo) sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma"<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> En estos textos se veía la influencia del constitucionalismo europeo, en especial de la "Charte Revisé" helvética de 1832, la Constitución Suiza y la Alianza de Francón de 1848. Sobre esta última dice, coincidentemente, que "mas dos Confederaciones de Europa han abandonado el federalismo, pero por el federalismo unitario que proponemos". Influencaron también en su teoría, las constituciones de Estados Unidos, Massachusetts, California, Misicon, Chile y las ideas de Cuvélér. Sobre su influencia en 1853, cf. S. BAQUE, *La influencia de Alberdi en la organización política del estado argentino* (1913). J. S. CAMPOSABIEL, *Sarmiento y Mitre. Rivistas de Mayo y Cauco*, 29-32 (1962).

<sup>25</sup> Esta idea se referió en algunos apuntes privados (circa 1865-1866), en los que apuntó hacia la idea monárquica de gobierno como la única practicable en Argentina para consolidar la unidad interior y la independencia exterior. "La Europa podría arruinar su paz y su bienestar, enviando a América, no sólo sus poblaciones sino sus príncipes; y la América podría ganar en ello no sólo el aumento de sus pueblos, sino el medio de gobernarlos". Cf. B. CASAL-FELJOS, *Constitución y Revolución*, 307-322 (1953).

<sup>26</sup> La mentalidad unitaria trató, por el contrario, de limitar las atribuciones del poder ejecutivo. Garet Bellemare escribía en 1829, en una nota, que quería "hacer pensar al pueblo Argentino, y a todos sus ministros actuales y futuros, que todas sus ideas tienden a limitar en lo posible las atribuciones del poder ejecutivo, del cual siempre temen los avances, que son tanto más temidos, cuanto más medios tiene de abusar: de copiar y de usurpar los derechos de los otros poderes". *Plan General de Organización Judicial para Buenos Aires, redacción final*, XII (1949).

La sanción de una monédica constitución no era en sí el fin sino un medio-acción, para alcanzar la integración nacionalista (constitución-andamiaje). Alberdi repitió que había procurado solamente "diseñar el tipo, el molde, que debe afectar la Constitución argentina y las Constituciones de Sud América" al comprender que no debe esperarse "que las constituciones expresen las necesidades de todos los tiempos". Efectivamente, "como los andamios de que se vale el arquitecto para construir los edificios, éllas deben servirnos en la obra interminable de nuestro edificio político, para colocarlas hoy de un modo y mañana de otro, según las necesidades de la construcción... El molde es lo que propongo, no el tamaño ni las dimensiones del sistema".

El hecho de la inaplicabilidad de otras anteriores semejantes lo llevó a la profundización de las causas que determinaron el fracaso de las estructuras *isopólicas* del período colonial (momento hispano-y-momento bonaerense), concluyendo que estuvo determinado por la mentalidad de que se encontraban animadas al no coincidir con las necesidades de la organización estatal. "Todas las constituciones dadas en Sud América durante la guerra de la Independencia, fueron expresión completa de la necesidad dominante en ese tiempo. Esa necesidad consistía en acabar con el poder político que Europa había ejercido en este continente". Justamente la urgencia del tiempo institucional americano era organizar la independencia conquistada. "No se puede fundar la libertad sin un gobierno... He querido la institución y organización de este gobierno nacional, como el único medio de organizar la libertad conquistada por la revolución".

El estudio exasperado de la realidad argentina lo aproximó paulatinamente a una interpretación vibrátil de la historia que, finalmente, desembocó en teoría economicista (materialismo) de la causación social. "Los intereses económicos son intereses políticos en el Plata, porque, en realidad, ellos son los que gobiernan esos países... Los hombres y las ideas se gobiernan por los intereses que sirven a su existencia, no por las ideas; las ideas cubren a los intereses casi siempre... Los intereses económicos nos gobiernan a todos, y no tenemos otros legisladores soberanos. Su impulsión y corriente es más fuerte que toda autoridad, y la ley misma, que parece regirlos, es dictada por ellos". Esta visión estructuralista del determinismo histórico le permitió adquirir una nueva imagen de los desencuentros americanos. "La República Argentina es víctima de su constitución económica, es decir del estado en que se encuentran colocados y dispuestos sus intereses económicos... La división de Buenos Aires con las provincias está en las cosas, más bien que en los individuos". Existe una infraestructura de relaciones de producción y comercio que determina —condicionando— los hechos

políticos y su ulterior justificación racional o inconsciente. "No hay que confundir la causa económica de Rosas, con su causa política. La una era la causa que sustentaba a la otra. No era obra de Rosas el sistema sino la causa y origen de Rosas". La coincidencia con el pensamiento marxista es aquí notable y esa semejanza se acentúa (cfrs 1875-1877) cuando logró orientarse hacia una dinámica social argentina basada en la lucha clasista y las contradicciones económicas. "La esperanza del porvenir democrático, descansa en que esta lucha tiene al fin que terminar por el triunfo y ascenso del pueblo, fuente de todo poder y de todo gobierno".

En última instancia, la incoincidencia del nuevo orden formal y el antiguo régimen subsistente (infraestructura y composición étnica) no puede coexistir permanentemente ni subsistir unida. "Hoy existe una Constitución escrita, que todos ven y leen, lo que les hace creer que no falta una constitución real, y, sin embargo, esa constitución escrita visible no impide la existencia de un estado de cosas en que la arbitrariedad y el desquicio reinan y gobiernan en todo el suelo del país". El intento descubrimiento de una constitución real que se opone a la legal-formal, le llevó al convencimiento que debía superarse la primera o se desintegraría la segunda. En esta idea encontró un reconocimiento intelectual la realidad social argentina y fundamentación filosófica el leit-motif que impulsó a la Generación.

Para apuntalar el estado constitucional es necesario promover una política económica al servicio de la constitución y, para conseguirla, se debe desarrollar las condiciones materiales necesarias para generar riquezas, ya que "decretar las libertades económico-políticas, no fue crearlas". Así, "cada día debe asimilarse más y más el derecho real al derecho racional" porque "los congresos podrían declararla una e indivisible (a la nación); sin el camino de fierro que acerque sus extremos remotos, quedará siempre divisible y dividida contra todos los decretos legislativos". La teoría del poder morfogenético le impulsó entonces hacia una concepción igualmente renovadora de la economía. En la corriente ideológica de Michel Chevalier y Pellegrino Rossi —siguiendo las enseñanzas de Adam Smith y Say—, advirtió la ligazón de la dinámica interna de los factores de producción con los fenómenos sociales y, en su *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación*, expuso los principios de una economía —liberal y, paradójicamente, estructuralista— para una política nacional. "No habrá más que un medio de distribuir el poder y llevarlo a todo el país; ese será el de distribuir en todo él las causas económicas del poder, las fuentes y elementos de riqueza". El fundamento de la abundancia material no es la tierra (fiscocratismo) pues América es pobre no obstante sus inabarcables extensiones terrestres. "Teniendo un suelo grande como un mundo y un crédito del tamaño de su suelo, no falta a los americanos más que una cosa: la riqueza real". Entonces, "¿cuál es la Constitución que

mejor conviene al desierto? La que sirve para hacerlo desaparecer". El verdadero fundamento de la riqueza está en el trabajo y el capital y el ahorro. "La tierra es impotente y estéril sin el trabajo y el capital", pero ambos solamente podrán lograrse por intermedio de la propiedad privada, que es "el móvil y estímulo de la producción, el aliciente del trabajo y un término remuneratorio de los afanes de la industria". Consecuentemente, las libertades económicas no son sino derechos concedidos a la producción. "La libertad es el medio, no el fin de la política de nuestra Constitución".

Si el objeto de la economía es "la prosperidad de la Nación" y la "existencia del Poder", posibilitará correlativamente un poder soberano estatal y la libertad individual de sus habitantes (elemento intrínseco). El estado debe apoyarse, entonces, en una economía creadora porque el sistema económico es el puente por el que atravesará la filosofía del estado constitucional. Para construir una nación, sus creadores no deben valerse únicamente de las causas intersubjetivas concurrentes (lengua, religión, raza, costumbres, tradiciones) sino más bien en un sistema integrativo unitario. El determinismo geográfico racial podrá ser vencido, así, por la inexorabilidad económica que, por su misma esencia — poder de ordenación—, es capaz de superar el *oratio ampiternum rerum*. La aparente paradoja desaparece si se considera que en economía la concatenación de sus leyes se integra con las sucesivas creaciones que engendra: iniciadas algunas condiciones las siguientes deberán suceder inevitablemente.

Teniendo presente estas premisas, la obra del pasado hispano no es perecena. "Lo que importa es saber destruirla, conocer el método y el plan de reparación y reforma". Desde la *Mémoire sobre la conveniencia de un Congreso* (1844) afirmó que "la América estaba mal hecha... (y) es menester recomponer su carta geográfico-política. Es un edificio viejo, construido según un pensamiento que ha caducado" (47). Aparece como fundamental, pues, *Etoválzar* al país, porque hasta entonces "la inmigración europea ha quedado en los pueblos de la costa, y de ahí la superioridad del litoral de América, en cultura, sobre los pueblos de tierra adentro... La América, de mediterránea e interna, debe volverse litoral y marítima". La elevación material de los pueblos del este surgió desde que la corriente migratoria se asentó en sus tierras y pobló sus "aldeas" y, además, por la proximidad espiritual con Europa. "La única subdivisión que admite el hombre americano español es un hombre del litoral y hombre de tierra adentro" (48). Esta

47 Cf. L. Ruiz Morasso (s.), *El pensamiento internacional de Alvarado*, 73-90 (1945).

48 Cited, así, indirectamente la sociología explícita del *Resumé* y los *Ídolos* de Sarmiento sobre la génesis de la barbarie sargentina. "No hay una división del hombre americano. La división en hombres de la ciudad y hombres de los cam-

división es real y profunda. El primero es el fruto de la acción civilizadora de la Europa de este siglo, que se ejerce por el comercio y por la inmigración en los pueblos de la costa. El otro es la obra de la Europa del siglo XVI, de la Europa del tiempo de la conquista, que se conserva intacto como en un recipiente, en los pueblos interiores de nuestro continente". De allí que el medio más eficaz "de elevar la capacidad y cultura de nuestros pueblos de situación mediterránea a la altura y capacidad de las ciudades marítimas, es aproximarlos a la costa, por decirlo así".

Alberdi llevó a sus extremas consecuencias lógicas la tesis y preconizó la implantación en nuestro medio de la civilización técnica del Viejo Continente. "¿Queremos plantar y aclimatar en América la libertad inglesa, la cultura francesa, la laboriosidad del hombre de Europa y los Estados Unidos? Traigámos pedacitos vivos de ellas en las costumbres de sus habitantes y radiquémoslos aquí". Se necesita construir sobre nuevas bases en análisis a las tradicionales y únicamente "ésta es la verdadera revolución, que hasta hoy sólo existe en los hombres y en la superficie de nuestra sociedad", pues, "no son las leyes las que necesitamos cambiar; son los hombres, las cosas". Coincidentemente, en el Pedimulo de su Proyecto de Constitución enunció de manera sintética y coherente los postulados de la nueva política económica. La Nación se creará "por el aumento y mejora de su población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y al comercio y por el fomento de la educación popular". (La machacona insistencia en la preposición por indica que únicamente constituyen medios de integración nacionalista).

Para poner en movimiento una economía creadora es indispensable una población capaz de comprender —y realizar— sus postulados. "Sin grandes poblaciones no hay desarrollo de cultura, no hay progreso considerable; todo es menaquito y pequeño. Naciones de medio millón de habitantes pueden serlo por su territorio; por su población serán provincias, aldeas; y todas sus cosas llevarán siempre el sello menaquito de provincia. . . Hacer el país, hacer la Nación, y el Estado, es ante todo peblarlo". Pero la ineptitud racial americana había sido uno de los descubrimientos primeros de la Generación, al que Sarmiento dedicó en sus últimos años su obra más original y fragmentaria: *Conflicto y Armonías de los Raza en América*. "Haced pasar al roto, al gaucho, al cholo, unidad elemental de nuestras masas populares, por todas las transformaciones del mejor sistema de instrucción; en cien años no harán en él un obrero inglés". Al comprender el problema en lo profundo lo insertó en su sistema como superación del contingente humano chapetino. "Necesitamos

países en falta, no existe; es reminiscencia de los estudios de Niebuhr sobre la historia primitiva de Roma. Roma se ha dominado con griegos sino con la ciudad".

alterar la masa o pasta de la población americana" porque "no es apropiada para la libertad y la industria". Debe crearse una población étnicamente blanca: un millón de indios mandados por un millar de blancos no constituye un millón de ciudadanos ni una población nacional. América nada tiene en común con lo telúrico ni con los hombres de pigmentación oscura y debe, por el contrario, romper los lazos que todavía la vinculan con la virtualidad terrícola e indígena. "Nosotros, los que nos llamamos americanos, no somos otra cosa que europeos nacidos en América. Cráneos, color, todo es de afuera... el idioma que hablamos es de Europa". Lo realmente autóctono del continente "nuevo" es esencialmente europeo. Fomentar la tradición es "fomentar la inmigración europea".

Consecuentemente, propugnó una "política de creación" que, en este aspecto, apareció generalmente bajo formas zoológicas o imágenes botánicas. "Para cambiar el producto, para sustituir el bueno al malo, es menester cambiar el terreno, es decir la sociedad". *Gobernar es poblar...* pero poblar científicamente de acuerdo a las leyes darwinianas de la supervivencia de los más aptos. "Poblar no es civilizar, sino embrutecer, cuando se puebla con chinos y con indios de Asia y con negros de África". Por ello, nunca debe olvidarse que "poblar puede ser apestar, embrutecer, esclavizar, según que la población transplantada o inmigrada, en vez de ser civilizada, sea atrasada, pobre, corrompida". Así, la idea de la transplantación se concretó en la metamorfoseada noción aristocrática de la renovación social por injertos étnicos (*Zufuhrträger*). De esta fusión racial debe surgir el *homo novus* capaz de transformar la soledad en fértil vergel y concentrar en sus manos las potencias creadoras de la misma naturaleza. El tipo de hombre alberdiano se asemeja —sin coincidir totalmente— al *homo economicus* manchesteriano, pero redimido por una concepción de superioridad intelectual. América debía crear una "aristocracia de la libertad, en lugar de la aristocracia del despotismo; la aristocracia de la civilización en lugar de la aristocracia de la barbarie", es decir, en definitiva, "la aristocracia de la capacidad y de los méritos". Por ello, "el tipo de nuestro hombre americano debe ser el hombre formado para vencer el grande y agobiante enemigo de nuestro progreso: el desierto, el atraso material, la naturaleza bruta y primitiva de nuestro continente". De esta manera, el estado constitucional crea las formas (entelequia) por las que pasarán hombres y elementos constitutivos.

#### IV

El sistema alberdiano llevaba insita una contradicción interna. Si las bases del estado constitucional eran la prosperidad general y un poder estatal vigoroso (poder ejecutivo y capitalización de Buenos Aires), debió aparecer evidente que el péndulo histórico se inclinaría hacia uno de ambos lados. Alberdi creyó en el delicado equilibrio de su construcción y, durante mucho tiempo, no sospechó que la sinergia social invalidaría

su esperanza. Sin embargo, la realidad política argentina (*juer* 1860 *as* 1880) permitió que el autor del *Derecho Público Provincial* comprendiera que su programática —como todas síntesis constitucionales abstraccionistas que buscan afianzar la autonomía externa (independencia)— permitía la desaparición del individuo como ente o sujeto de libertad, por quedar éste psicológicamente aprisionado en los cuernos ineludibles de la centralización estatista. Esta desafortunada comprobación permitió que abandonara incluso su sistema y en el discurso universitario de colación de grados en la Facultad de Derecho de Buenos Aires (1879) proclamó —siguiendo a Constant— que “la omnipotencia del Estado es la negación de la negación de la libertad individual” denunciando vehementemente el “liberalismo sin libertad” que practicaban los gobernantes. “Disminuir, reducir, limitar ese poder omnívoto, es la gran tarea, el gran deber del patriotismo liberal de este país”.

El desequilibrio en favor del Poder permitió que ahondara entonces en el sutil y eterno problema de la autarquía humana. “La libertad ha sido hasta hoy una abstracción, una idea, un principio general, un desiderátum. Ya es tiempo de preocuparse de su sentido práctico y de buscarla como un hecho y no como una idea. Ser libre es gobernarse a sí mismo”. Distinguió entre dos esferas de libertad: la civil y la política, pero afirmó que no participaba del fanatismo inexperimentado de quienes “piden libertades políticas a manos llenas para pueblos que sólo saben emplearlas en crear sus propios tramos”. En cambio, propició abundantísimas “las libertades civiles, a cuyo número pertenecen las libertades económicas”. Consciente de la rigurosa lógica de su planteo, desahució la *volunté générale* que conducía al autocratismo popular. “La soberanía del pueblo no es... la voluntad colectiva del pueblo” sino “la razón colectiva del pueblo” que constituye “el límite de la soberanía del pueblo” pues “la ley no es ley sino porque es racional; toma su soberanía de la razón, que es la suprema ley, ley de leyes a la cual obedece toda la creación” (48). No es suficiente que todos sean iguales para que exista una democracia: pueden ser todos igualmente siervos. Elegir gobernantes es la esencial libertad política, pero si igualdad no es libertad, el sufragio no podrá ser universal. Alberdi —siguiendo la opinión general de su Generación— repudió instintivamente la otocracia, la primacía del *homo vulgaris* y se inclinó a formas jerarquizadas de libertad (49). “El sufragio

<sup>48</sup> “La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto” decía Constant criticando a Rousseau: *Œ. Cours de politique constitutionnelle*, I, 188 (1811). Coincidentemente repetirá Echegaray que “la voluntad de un pueblo, de una nación, no puede establecer un derecho anulación del derecho individual” (*Œ. Cours Complète*, IV, 121).

<sup>49</sup> Echegaray escribió que “el vicio radical del sistema unitario, que nació por el mismo su conflicto social, fue esa ley de elecciones: el sufragio universal... la ley del 14 de agosto —el sufragio universal dio de sí mismo origen para dar, el nacimiento del pueblo por sí mismo— la legitimación del despotismo” (*Œ. Cours Complète*, IV, 396). “Comprenden mal la democracia, los que inyectándola poco a poco en todas las sociedades de la casa. Por muchos vicios que dan las sociedades: ja-

universal donde la universalidad de los que sufragan es ignorante en la materia sobre la que el sufragio versa, el sufragio pretendido universal, no es más que el sufragio de uno o de unos pocos; y en ninguna parte impera el régimen de las minorías como donde la mayoría nacional es proclamada soberana... dar el sufragio universal a un pueblo donde la capacidad de sufragar no es universal, es darlo a los pocos hombres audaces que saben arrancarle su voto por la astucia, el fraude o la violencia... el mandatario es la imagen grosera del grosero mandante". La ineptitud racial americana —que antes encontraba en su forma económica— se reflejaba políticamente en una ineptitud para la libertad. La verdadera causa que en esta materia no se hayan notado mayores adelantos es porque se pensó que América "podía darse su libertad interior por el mismo instrumento que le sirvió para conquistar su independencia o libertad exterior: la espada".

De esta manera, la profundización exasperada en la problemática del individuo, le llevó a descubrir en la centralización estatal unitaria una faz insospechada por lo imprevista. Había afirmado que "todo particularismo, todo localismo, todo provincialismo es la negación de la libertad en su grande y nacional sentido práctico", oponiéndose al federalismo tocoqueviliano, pero vislumbró que si aparecía como régimen necesario para pueblos pobres y desunidos, era igualmente el instrumento de las minorías dictatoriales: crea, así, las bases del sistema que reduce al hombre a un silencio mudo<sup>(41)</sup>. Descentralización es, entonces, discriminación de libertad, centralización levitánica es tendencia a la tiranía. Debía, pues, apuntalarse las instituciones municipales como punto centrifugo exótrico de radicación y ámbito primario de la sociedad civil (*bürgerliche Gesellschaft*) que se opone —integrándose— en las estructuras estatales<sup>(42)</sup>.

Este insólito descubrimiento lo aproximó paulatinamente a una posición ácrata cuasiarquista y, en nombre de la libertad del linaje humano contra la *hybris* del "crimen oficial" imperante, propuso incluso el derecho a la rebelión contra la estructura aristocrática. Paralelamente, reafirmó su posición universalista proclamando que debía recordarse al pueblo que "la patria no es el suelo" porque "tenemos suelo hace tres siglos, y solo tenemos patria desde 1810... la patria es la libertad, es el orden, la riqueza, la civilización"<sup>(43)</sup>. *Sapientia quae sola liberat est.*

mis alteris con illo, la ley fundamental de la sucesión". J. M. GUTIÉRREZ, *Los pasos de la Revolución*, 142 (1951).

<sup>41</sup> LEOPARDI, *Cántico del gallo silencioso*, 134.

<sup>42</sup> Allevó retomó en sus últimos años los principios de Constant sobre los beneficios de la descentralización política como cultivo de la libertad individual. Cf. B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, I, nota sobre "le pouvoir municipal", 203, 204 (1818).

<sup>43</sup> Cf. L. KANTOR, *El concepto de patria en Allevó* (1960).

Para superar los nuevos problemas del estado organizado pero totalitario, investigó en las fuentes remotas de la libertad civil. La economía enseña a ser libre por la tranquilidad que proporciona la riqueza. "Enseñar al pueblo a crear riqueza es enseñarle a ser fuerte y libre". La libertad es una gema que debe crearse y gozarse. "La libertad, considerada como gobierno, es un fardo, una carga, una ocupación continua... la libertad es labor, trabajo, pena, ocupación continua". Nuevamente emerge aquí la *idée fixe* del creacionismo. "La libertad, como la civilización de que forma parte esencial, es esencialmente artificial, en el sentido que es la naturaleza cultivada y educada". Por lo tanto, no es lógico pensar en una creación de libertad. Esta no existe en las "constituciones de papel" (nominal) sino en los mismos hombres. La libertad no falta a los pueblos porque se les arrebató sino porque esos pueblos carecen de vocación para ella. Al mismo tiempo, la libertad es la valla del poder estatal. "La libertad es el límite sagrado en que termina la autoridad de la patria". Creación de libertad y libertad como frontera de la potestad social: he allí las últimas especulaciones de su contradictorio genio. El hombre —el hombre de carne y hueso, no el zóeide poñifión aristotélico— reaccionó así contra el sistema y, por cierto, admiramos más a este Alberdi inconfesiblemente rebelde que al potente teorizador del estado constitucional. "La libertad es el sol del porvenir". Retengamos ese último grito esperanzado.

#### NOTICIA BIBLIOGRÁFICA

Sobre el pensamiento albertiano se ha vertido mucha tinta, pero la mayor parte de las obras son meramente epistolares o anecdóticas. Tratado de explicar ese fenómeno intelectual agreste, analizáramos brevemente la *diversificación* de que adolece nuestro autor: se repite sobre lo conocido y no se investiga ni sistematiza sobre las fuentes profundas de las ideas (cf. JOSÉ LUIS CAMPOSARTE, *nota Bibliográfica* en "Lecciones y Ensayos" N° 26, pp. 167-168, (1964)).

Datos sobre la bibliografía albertiana se encuentran en ENRIQUE KRAMPOHN, *Aquel "muchacho" Alberdi... y ensayo de bibliografía albertiana*. Pueden consultarse además de los citados en el texto, las obras siguientes: M. GARCÍA MERRI, *Juan Bautista Alberdi. Ensayo crítico* (1890). C. DÍAZ CRESPO, *Alberdi ante la Nación y el derecho de gobernar* (1935). M. A. CÁRCANO, *Alberdi* (1934). C. ALONSO, *La metafísica de Alberdi*, en "Archivo de la Universidad de Buenos Aires", IX, 191 y ss. (1934). F. ROJAS PAZ, *Alberdi, el creador de la ciudad* (1941). A. SALVADORES, *Alberdi* (1948). L. KRAMPOHN, *Ideas políticas de Juan Bautista Alberdi*, en "Boletín del Museo y Biblioteca de la Casa del Azulejo", Serie X, N° 1 (1938).

# TRABAJOS PRACTICOS

7

## TRABAJO PRACTICO: PLAZO Y CONDICION

Por LUIS ALBERTO FLORES VEGA

Emilio GARCIA compra por \$ 50,000 m/n, el almacén de Ricardo DIAZ y le entrega en tal acto \$ 40,000 m/n. y por el resto firma el siguiente documento: "Reconozco adeudar \$ 10,000 m/n. al señor Ricardo DIAZ saldo de la venta de su negocio de almacén que adquirí en la fecha. Sobre dicho importe le pagaré anualmente un interés del 6 %, obligándome a hacerle efectiva dicha deuda en oportunidad de transferir o liquidar el negocio en cuestión".

Transcurridos ocho años, DIAZ reclama el pago de la deuda. GARCIA aduce que la condición no se ha cumplido, pues él sigue al frente del negocio.

¿Tendría éxito una reclamación judicial?

¿Podría arguir DIAZ que se trata de un plazo incierto?

¿La defensa de GARCIA —condición no cumplida— será procedente?

Adelanto que si bien la metodología clásica en este tipo de desarrollos monográficos se inclina por efectuar primero el encuadre legal, luego el encuadre doctrinario y finalmente el jurisprudencial y desprender de ellos las conclusiones; "brevitatis causa" y para evitar extenderme en transcripciones más de lo permitido, trataré de hacer una exposición orgánica, concordada con los elementos peticitados a mi alcance, aspirando a lograr un todo armónico y completo.

Fijado —para mayor comprensión del que juzgue este trabajo— el método empleado y la razón del mismo, he de anticipar también que el nudo de la cuestión presente se halla en la naturaleza jurídica de la modalidad a que fue sometida la obligación que describe el tema 161. En resumen: determinar si es una condición o un plazo.

Apriorísticamente expuesto el meollo de la problemática planteada —y que más adelante "la extenso" considerará— señalo, previamente, las siguientes consideraciones de simple enmarcación de circunstancias de menor importancia y relativo valor jurídico (aunque eventualmente puedan tener gran importancia práctica), que son:

- a) La compra efectuada por Emilio GARCIA configura un acto mercantil, pues está encuadrada dentro de las peticiones del art. 89, inciso 1º del Código de Comercio y prevista en la Ley Nº 11867 de transferencia de fondos de comercio. Por ende toda cuestión judicial ha de ser llevada ante los juzgados con competencia en lo comercial.
- b) Pero que, cuando el acto motivo de esta cuestión es un acto de comercio, el estudio de la naturaleza jurídica de la modalidad impuesta a la obligación del caso, ha de ser resuelta en base a los principios que al respecto prevé el Código Civil. Esta remisión es en orden a lo dispuesto en los artículos I del Título Preliminar y 207 del Código de Comercio, que señalan la procedencia de la aplicación del Código Civil en cuanto no esté previsto o modificado en el de Comercio.

Desbrozado el camino de estas cuestiones previas me avoco a lo que adelanté como problema principal y que directa o indirectamente nos suministrará todos los elementos necesarios para contestar las cuestiones del tema.

La diferencia de la condición con el plazo de apreciación objetiva, pues depende de la naturaleza del acontecimiento a que se refiere; en la condición debe tratarse de un hecho futuro cuya realización sea incierta, en tanto que en el plazo, esa realización debe ser segura, aunque se ignore el tiempo en que ocurrirá (art. 528 C. C.)

La condición debe consistir en un hecho que puede o no ocurrir: he ahí la incertidumbre a que se refiere la ley. Además debe ser futuro. Se clasifican en suspensivas y resolutorias. Casuales, potestativas o mixtas. Positivas o negativas. Lícitas o ilícitas. Posibles o imposibles (529 C. C.).

Los artículos 539 y 540/41 legislan acerca del tiempo en que deben cumplirse las condiciones, previendo sucesivamente los casos en que haya sido fijado tiempo en el acto originario o que no lo haya.

Respecto del 541, a falta de expresión de la voluntad sobre el tiempo, la ley decide que ha de buscarse, dentro de lo que estipularon, cuál fue su deseo e inteligencia verosímil respecto a ese punto. Con-

cordantemente art. 533, del que no es sino aplicación respecto del tiempo.

Así lo entendieron los autores del Proyecto de Reformas del 36 (art. 168, Inc. 6).

En caso que las partes no se pongan de acuerdo acerca de cuál fue la intención original, el Juez debe fijarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, ajustándose siempre a la presumible intención común de los interesados. Conf. C. C. 1º 1937 - LL 6 - 739; JA 64 - 171; LL 12 - 687; C.C. 2º JA 32 - 291.

En Francia, algunos niegan la posibilidad de que el plazo lo fije el juez, fundándose en la opinión de ciertos juristas romanos, y ante la falta de un texto como el nuestro, ya que el art. 1177 del Cód. francés sólo contiene el último párrafo de nuestro 541. (Conf. AUBRY ET RAU, LAURENT, BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDE, Id. ZAPULLI, italiano, para le Nuevo Digesto).

La parte que considera corrido ya un tiempo razonable, puede ocurrir al juez para que, si comparte su parecer, declare cumplida o no la condición. Por ejemplo en un fallo publicado en LL 6-739 se declara que "si el derecho a cobrar un importe se subordinó a la condición de negociarse una patente de invención, y tal condición no puede cumplirse porque la patente pertenece a un tercero, quien ha desaparecido, esas circunstancias, aunque hacen improcedente la demanda de emplazamiento, autorizan sin embargo al juez para discernir el tiempo en que verosíblemente debió cumplirse la condición y, en caso de haber transcurrido el término presuntivo correspondiente, condenar al demandado al pago de la deuda".

Otro caso señalaba en JA 64-171: "cuando la Intendencia Municipal al reconocer una deuda agrega que "la suma será abonada un vez que el C. D. vote los fondos al efecto", se trata de una condición suspensiva que debe cumplirse en un tiempo prudente. El tribunal considera que conforme a lo verosíblemente entendido por las partes, la autorización correspondiente debió producirse en el próximo período de sesiones y que, si ha transcurrido ese período sin haberse votado los fondos para el pago, procede declarar exigible el crédito y fijar un plazo para satisfacerlo" (en forma análoga JA 32-291).

También en un caso se decidió que cuando las partes convinieron el pago de una suma determinada "si el deudor la consigue en préstamo", la obligación es exigible transcurrido un tiempo prudencial, ya que no es presumible que las partes hayan querido dejar indefinidamente en suspenso los efectos del acto celebrado, siendo verosímil por

el contrario que a falta de término expreso, y para caso de dificultades, hayan entendido referirse al que judicialmente se señala. 1943 LL 33-50; GF 161-278 (1942).

En su primera parte el art. 542 declara nula la obligación sometida a una condición puramente potestativa de parte del deudor. Ahora bien, subordinar la voluntad constitutiva del acto jurídico a una condición consistente precisamente en la existencia de esa misma voluntad, es anularla. La condición es un modo de expresión de la voluntad y no una cláusula destructiva del "vinculum iuris" que aquella habría originado. Al respecto: DEMOLOMBE XXV, pág. 305, POTHIER, *Oblig.* pág. 104; MARCADE IV N° 531; AUBRY ET RAU IX 103 SALVAT *Oblig.* N° 656, pág. 267. LAFAILLE *Oblig.* II, pág. 39, DE RUGGIERO, ZAPULLI, MESSINEO, etc.

El texto tomado de MASSE Y VERGE, según SEGOVIA, establece una regla fijada por los romanos (Dig. L. 45. T. 1), admitida por las legislaciones modernas: Cód. francés, italiano, español, mexicano, de Prusia y mantenida por nuestros proyectos de reforma (BIBILONI, Anteproyecto, art. 331, Proyecto de 1936, art. 167).

La doctrina moderna, sin discriminaciones, señala que sólo existe condición meramente potestativa cuando la subsistencia de la obligación se la haga depender del puro arbitrio del obligado y no, en cambio, toda vez que la realización del hecho condicional se vincula no sólo con la misma voluntad del sujeto sino también con móviles autónomos de todo género objetivamente justificables cuya valoración queda librada al juicio exclusivo del interesado. Así, por ej., deben considerarse condiciones potestativas, suspensivas, válidas, las contenidas en la venta a satisfacción del comprador considerado como deudor (art. 1365) o al contrato de trabajo subordinado a prueba por parte del empleador. Al respecto FERRARA, ZAPULLI, REGELSBERGER (*Pandekten*), VON THUR, PLANIOL, RIPERT, ROUAST, También nuestra ley 12867, en que se le reconoce validez al pacto de prueba en los contratos de locación de servicios concernientes a choferas particulares.

También debe distinguirse entre la condición potestativa y la fijación de un plazo incierto. Muchas cláusulas que a primera vista parecen condiciones potestativas son en realidad estipulaciones de plazos. La interpretación aquí, como siempre, debe deducirse de la probable voluntad de las partes. En este sentido se han decidido muchos casos en que el deudor se obligaba a pagar una determinada suma cuando pedirá o "cuando querrá", o "cuando tendrá los medios". Se ha considerado, en otros casos, que la obligación es incondicional y, sólo el cumplimiento diferido a una época incierta pero objetivamente determinable, pues la obligación vence cuando consta que el deudor

puede pagar. En este orden de ideas cabe anotar el fallo para el cual se decidió que la disposición legal que autoriza al Poder Ejecutivo a efectuar el pago de los servicios prestados en la forma y oportunidad que los recursos del erario público lo permitan, importa establecer un término incierto y no una condición potestativa, correspondiendo, por o tanto, que el tribunal fije el término en que la obligación debe cumplirse. LL. 32-920, JA IV 748 (1943).

El art. 548, establece, en su primera parte, que en caso de no cumplirse la condición suspensiva, "la obligación es considerada como si nunca se hubiera formado", consagrando el efecto sustancial de la condición que subordina la existencia definitiva del derecho al cumplimiento de aquella (SALVAT, COLMO, LAFAILLE, DE GASPERI, VON THUR, MESSINEO).

Tanto el doctor BIBILONI como la Comisión Reformadora de que formaba parte, mantienen el texto en término análogos, pero suprimiendo la segunda parte relativa al caso en que el acreedor se hallase en posesión de la cosa, que queda así librada a las reglas generales.

El plazo se caracteriza por dilatar en el tiempo los efectos derivados de un acto jurídico. Este carácter es común con la condición. A diferencia de la condición, el plazo es siempre cierto, entendiendo esta palabra en el sentido de que el vencimiento habrá de llegar necesariamente. (SALVAT, MACHADO, LAFAILLE, MESSINEO, etc.). El carácter de cierto no impide la existencia de plazos en los que el tiempo en que habrá de vencer no pueda precisarse de antemano, de ahí que se los clasifique en "cierto e incierto", pero en todos los casos es preciso que el advenimiento que le pone fin sea fatal. Otra diferencia sería en que la condición es retroactiva y el plazo no. En principio todos los actos pueden subordinarse a plazo. Y dico en principio, porque existen numerosos actos que por disposición expresa de la ley, o por su propia naturaleza, no pueden subordinarse a término o a condición alguna. Ej.: matrimonio (art. 44 L. M. C.), en la institución de herederos, en la repudiación de herencia (art. 3317, en la aceptación o repudiación del cargo de albacea, etc.).

Hasta cierto punto se desvincula de la clasificación precedente la del plazo Determinado e Indeterminado, según haya sido precisado en el acto o no, como el de "pago a mejor fortuna".

La distinción tiene importancia, porque en el segundo caso, es el juez quien determinará el plazo, lo que no ocurre con los demás plazos inciertos. De la Jurisprudencia se extraen estos ejemplos: "la obligación de entregar determinada mercadería cuando se efectúe la resolución" es de plazo incierto y, en caso de someterse la cuestión a

decisión judicial, el juez debe atenerse a la época en que normalmente se recolecta esas frutas cada año. (J. 9-323); "pero si no se fijó plazo o se convino al pago a "mejor fortuna" o "lo antes posible", el juez debe fijar el plazo según su recto arbitrio, en atención a las circunstancias del caso (J.S. 15-792) (LL. 3-682 y 24-172).

Al referirse el artículo 568 al "hecho necesario" el Código alude a necesidad material, no jurídica (LL. 1838-13-33 y JA. 64-171).

Pero si bien existe la certeza de que el acontecimiento que pone fin al plazo ha de llegar, el momento de su realización no debe poder determinarse de antemano. La variabilidad con respecto al tiempo. Sin perjuicio de la necesidad de su realización caracteriza al acontecimiento a que se refiere la ley, que sin embargo no califica de incierto al acontecimiento sino al plazo. Pese a su aparente inclusión en los términos de la ley, un hecho astronómico, v. g., no es por lo general apto para basar plazos inciertos. Si lo son, en cambio, la vida de un hombre, el fin de una guerra o un fenómeno meteorológico. P. ej. 1938 LL. 13-33 y J. A. 64-171.

En algunos casos se ha considerado a plazo el derecho cuya efectividad se halla subordinada a un acto que en parte depende de la voluntad. Tales son el del suscriptor de acciones de una sociedad anónima cuya obligación de ingresar depende de la voluntad del directorio (LL. 16-440, LL. 14-1109); el del deudor que se obliga a pagar cuando inscriba su hija en el Registro de la Propiedad (JA. 35-636), o el del cliente que se obliga a satisfacer los honorarios de su abogado cuando cobre lo que le corresponde en el juicio que motiva ese convenio (JA. 8-465, JA. 39-623).

Ahora bien, el plazo incierto vence al realizarse el acontecimiento que lo constituye. Su calidad de incierto no importa que su fin deba determinar el caso.

En el caso que una persona se obligó a restituir un préstamo cuando inscribiera la hija en el Registro de la Propiedad, el Tribunal dio por vencido el plazo en razón de la negligencia del deudor para practicar esa inscripción; sostuvo el tribunal que el plazo incierto por haberse fijado sobre la base de un acto a cumplirse por el deudor, debe considerarse vencido si el acto no se realiza por culpa de éste" (22-4-1931 JA. 35-636).

La solución puede justificarse en virtud de las circunstancias de hecho que autorizaron al tribunal a interpretar lo convenido como plazo y a tenerlo por vencido conforme a la buena fe contractual.

El plazo tácito es indeterminado y debe, por lo tanto, ser fijado por el Juez (COLMO, OBLIGACIONES, pág. 189; SALVAT, Oblig. N.º 754, "in fine"), con arreglo a los principios generales y a lo prescripto en el art. 518, con referencia a las obligaciones de dar sumas de dinero.

El artículo 569 del C. C., abundando sobre los conceptos ya vertidos, declara que la incertidumbre del acontecimiento (por oposición a necesidad o fatalidad) es el carácter distintivo de la condición frente al plazo, cualesquiera fuesen los términos empleados (LL. 13-33). Los términos del texto no han impedido que los tribunales interpretando la voluntad de las partes, hayan considerado por la general que ciertos derechos sujetos a un hecho potestativo del deudor, no son condicionales sino a plazo indeterminado a fijarse por el Juez (JA 35-636, 14-777., 47-576, III 1943, pág. 86 y LL3-345, 32-140).

En este orden de ideas se han tenido por plazo y no condición la realización por el deudor de un negocio, la cancelación de una hipoteca (JA 14-777, 10-294), la decisión del directorio de una sociedad anónima de pagar los dividendos (LL. 22-587), la extracción de productos por el concesionario de una explotación, respecto al pago del precio (LL. 11-603 y JA 63-605), la cláusula por el cual el vendedor se obliga a escribir: "tan pronto como sea posible" (LL. 14-963 y JA 66-871) y hasta la obligación de pagar el saldo de precio de la cesión de una cuota social" en el supuesto caso de que se resolviera vender "el fondo de comercio" (JA 1943-III-351).

Buena parte de las decisiones jurisprudenciales imponen al acreedor la necesidad de probar que la situación del deudor ha mejorado (JA 46-855, LL. 30-103, JA. 51-258).

"Es lógico admitir —sostiénese que un fallo de J. A. 69-749— que quede al arbitrio del acreedor pedir de inmediato a cuando bien le plazca la fijación del plazo, pues ello importaría violentar la convención que ha subordinado la exigibilidad de a deuda al advenimiento de un hecho incierto en ese momento; para que la fijación del plazo pueda pedirse, es menester que haya sobrevenido algún cambio en la situación del deudor".

Para fijar la extensión del plazo, los tribunales han hecho mérito especialmente del tiempo transcurrido desde que se contrajo la obligación (LL. 12-399), de la intención de los contratantes (JA 28-819), etc.

Sobre los intereses fijados en el documento del caso, no existe mayor comentario. Salvo que a mi entender sería un argumento más para apoyar la tesis de DÍAZ, ya que indica que no se trataría de una condición suspensiva, cuyo derecho podrá o no adquirirse, sino de un

interés que fatalmente ha de pagarse; no quedando supeditada al nacimiento de ningún derecho.

En conclusión: ante el supuesto planteado en el tema Nº 161, siendo lo señalado precedentemente, considero que para contestar a los interrogantes que de él se desprenden cabe efectuar las siguientes consideraciones:

*A la primera pregunta:* (¿Tendría éxito una reclamación judicial?)

Si, con la salvedad indicada "in limine" del presente, es decir, iniciando la reclamación judicial ante el fuero comercial correspondiente.

*A la segunda pregunta:* (¿Podría argüir DIAZ que se trata de un plazo incierto?)

Si. Ya que si el cumplimiento de la obligación de entregar una suma de dinero está supeditada a la voluntad del deudor, por no haberse fijado plazo cierto y depender aquel de la realización de un negocio, los jueces pueden, de acuerdo con la índole del convenio, condenado a pagar la suma dentro del término que fijen. En estos casos, naturalmente, habrá plazo incierto y no condición suspensiva. JA 14-777 y arts. 618, 751 y 569 del C. C.).

*A la tercera pregunta:* (¿La defensa de GARCIA —condición no cumplida— será procedente?)

NO. Por los fundamentos del punto precedente.

## JURISPRUDENCIA



**FALLOS DE DERECHOS REALES MENCIONADOS  
EN EL PROGRAMA DE LA CATEDRA**

POR BEATRIZ A. AREAN Y JORGE M. ROHMNER

1) L. L., T. 88, 355 (Boletín 11)

CONDominio. - División mediante el sistema de propiedad horizontal. - Modificación del C. C. por la ley 13.512. - Propiedad horizontal. - Sucesión. - Partición en especie. - Venta de los bienes.

1. — La división del condominio de un inmueble susceptible de someterse al régimen de la ley 13.512, puede efectuarse por el procedimiento establecido por esta ley.

2. — El mantenimiento del condominio sobre las partes forzosa-mente indivisibles que implica la propiedad horizontal, no se halla en pugna con la división del condominio típico del C. C., ya que el carácter privativo de hecho con respecto a cada unidad (Ley 13.512) permite libre y autónomo poder jurídico sobre la misma.

3. — La ley 13.512 no crea sólo una nueva forma de condominio, sino una modificación substancial del régimen del dominio previsto en el C. C., ya que deroga el art. 2617 de este último. Por consiguiente, tanto actúa para originar un condominio particular —el llamado de propiedad horizontal— como para consumir la división del condominio clásico, substituyendo la porción indivisa del art. 2673 de dicho código por la porción concreta que ella establece.

4. — La venta de los bienes no es sino un substitutivo jurídico de la partición material de los mismos y, por lo tanto, un medio subsidiario de dividir lo indivisible.

5. — Si bien es cierto que no existe disposición alguna que establezca el derecho de cada heredero a exigir la partición en especie de

los bienes, este derecho surge del sistema general de la ley y sólo en caso de imposibilidad manifiesta debe recurrirse a la venta para reducir el todo a dinero.

41.221 - C. N. Civ., Sala A, Mayo 23-1957 - Fonso de Seri, Nélda c. Seri, Tulio.

1ª Instancia. Buenos Aires, Julio 25 de 1955.

a) Se presenta, por derecho propio, Nélda Fonso de Seri, promoviendo demanda por división de condominio contra Tulio Seri y expresa que posee en condominio con el demandado el inmueble de la calle Pujol 1495, que consta de 7 departamentos y 2 casitas individuales, y que tratándose de un bien susceptible de división por el sistema de la propiedad horizontal, solicita se practique la división del condominio dividiendo el inmueble en dos grupos y adjudicándosele uno de ellos. Funda su acción en los arts. 2673, 2676, 2680 y 2692 del C. C.

b) Contesta la acción Tulio Seri allanándose a la división del condominio, pero rechazando la forma de división propuesta por la actora.

Sostiene que dada la naturaleza indivisible de la cosa, la división debe efectuarse por venta como lo prescribe el art. 1324, salvo que hubiese conformidad de partes y que no desistiendo mantener en el futuro vinculación alguna con la actora, emergente de la propiedad cuya división se solicita, la adjudicación en la forma que se propone es imposible porque lleva implícito el condominio sobre el terreno y las cosas de uso común, por lo que la partición no sería tal por mantenerse elementos en condominio forzoso.

Considerando: 1º Habiéndose allanado la demandada a la división del condominio y siendo por otra parte obligatoria la división cuando uno de los condóminos lo solicita y el condominio no está sometido a una indivisión forzosa (art. 2692, C. C.), la cuestión planteada se reduce a determinar si es jurídicamente posible la división del condominio por adjudicación de los departamentos por el sistema de la propiedad horizontal (ley 13.512), o si por el contrario, considerándose el bien indivisible a esos efectos, los condóminos están obligados a vender (art. 1324, inc. 3º, C. C.).

La división de las cosas particulares debe efectuarse según las disposiciones de nuestro C. C. por las reglas relativas a la división de las sucesiones (art. 2698, C. C.) y sólo es posible imponer al coheredero la venta de los bienes cuando la división en especie es imposible, según lo han resuelto reiteradamente nuestros tribunales.

Habiendo derogado la ley 13512 por su art. 10, el art. 2617 del C. C. que consideraba indivisible un edificio, es evidente que no es de aplicación al caso de autos el art. 1324, inc. 3º del C. C. por referirse al supuesto de que la cosa fuera indivisible y que la división debe efectuarse en especie por así requerirlo uno de los condóminos.

Como lo ha resuelto el superior en el caso publicado en J. A., 1951-I, p. 675, la aplicación de la ley 13512 para la división del condominio de un edificio no se opone a la esencia de la partición porque el art. 4 de la misma ley, permite la venta de cada piso o departamento, independientemente y porque las secciones del inmueble que permanecen indivisas de acuerdo con el art. 2 de la ley cit., no es sino uno de los tantos casos de condominio forzoso que la ley establece en beneficio de la comunidad.

Por estos fundamentos y disposiciones legales citadas, fallo haciendo lugar a la demanda, en cuanto pretende la división del condominio del inmueble de la calle Pujol 1495 esquina Tres Arroyos al 1000, por el sistema de la propiedad horizontal, debiendo las partes previamente a la adjudicación cumplir con las disposiciones del C. C., inherentes a la partición de los bienes hereditarios (art. 2698, 3462 y concs., cód. cit.), con costas. - Carlos M. Carrasco (Secr.: Jorge A. Garriga).

2º instancia. Buenos Aires, Mayo 23 de 1957.

¿Es justa la sentencia apelada?

El Dr. Enrique Díaz de Gujardo dijo:

1º Nélida Fonso de Serí promovió acción contra Tulio Serí por división de condominio de un inmueble y solicitó que la decisión — en virtud de que el inmueble consta de 7 departamentos y dos casitas individuales — se hiciera por el sistema de propiedad horizontal. El demandado se allanó a la división de condominio, pero se opuso a la forma de división requerida por la accionante. En primera instancia, se hizo lugar a la demanda con costas; decisión contra la cual el demandado apeló.

2º Los agravios del recurrente no logran conmovier la sentencia dictada.

a) Porque la división del condominio de un inmueble susceptible de someterse al régimen de la ley 13512, puede efectuarse por el procedimiento establecido por esta ley (Cám. Civ. 2º, Cap. Rev. L. L., 60, p. 691 y J. A., 1951-I, p. 675; Cám. Nac. Civ., Sala B, causa Nro. 13.697, agosto 5 de 1953, y Scrantes Peña y Clavell Borrás, "Código Procesal Civil y Comercial", p. 381), desde que satisface las finalidades económicas y personales que motiva la división.

b) Porque el mantenimiento del condominio sobre las partes forzadamente indivisibles que implica la propiedad horizontal, no pugna con la división del condominio típico del C. C. desde que el carácter privativo de dueño con respecto a cada unidad (ley 13.512) permite libre y autónomo poder jurídico sobre la misma y hace que el mencionado condominio forzoso sobre las partes comunes sólo constituye un orden secundario de relaciones.

c) Porque la ley 13.512 no crea sólo una nueva forma de condominio —como asevera el recurrente—, sino una modificación sustancial del régimen del dominio previsto en el C. C., como emerge de la consiguiente derogación de su art. 2617 y de ahí que esa figura jurídica tanto seté para originar el condominio particular de la ley citada, como para consumar la división del condominio clásico sustituyendo la posición indivisa del art. 2673 por la posición concreta de la ley 13.512 con sus accesorios indivisos. Lo fundamental, por cierto, es la cosa principal (arts. 2327 y sigs., C. C.), que aquí se determina por la naturaleza del derecho de propiedad sobre cada unidad del inmueble sujeta a propiedad horizontal y los consecuentes poderes jurídicos sobre esa unidad particularizada e independiente con respecto a las demás. Como dice Poirier, "La propiedad horizontal", traducción y anotación de Solas, p. 174, "por una ficción jurídica, los departamentos se consideran inmuebles separados, con sus dependencias ideales, fracciones del conjunto del edificio".

d) Porque si antes de la ley 13.512 se prefería la venta cuando la división en especie no era viable sin desmedro de valores (Cám. Civ. 1<sup>a</sup>, Cap., G. del F., T. 86, p. 357), bien cabe decir ahora, que la división de un inmueble debe hacerse en especie y de acuerdo con dicha ley antes que subastar el edificio en conjunto, porque el primer procedimiento conserva —y aún acrecienta— los valores, mientras que el segundo ofrece el riesgo de su disminución, máxime si se trata de edificios arrendados que han de enajenarse ocupados, como ocurre con el que causó este juicio. Argumentos todos que se conciertan con la firme orientación jurisprudencial —que es obvio ejemplificar— sobre partición en especie antes que por venta para reducir a dinero.

39 En cuanto a las costas, opino que están bien impuestas a la parte vencida, no sólo como consecuencia del resultado de la acción, sino también por la animosidad personal que revelan sus escritos y que demuestran que esa razón —y no un principio jurídico— es el real motivo de su oposición a la forma propuesta para realizar la división del condominio.

Por iguales razones y por el carácter confirmatorio que asumirá la sentencia, de prosperar mi voto, entiendo que el demandado debe soportar asimismo las costas de la alzada.

4º Por lo tanto, voto por la plena confirmación de la sentencia apelada, con costas en ambas instancias.

El Dr. Sourrouille dijo:

La actora, señora Fonso de Seri, demanda a su suegro Tulio Seri por división de condominio del inmueble de la calle Pujol 1495, esquina Tres Arroyos 992 al 1000 que les correspondió por partes iguales en el sucesorio del esposo de la actora e hijo del demandado, Tulio A. Seri, pero pretende que se divida la casa principal del grupo mediante el sistema de la ley 13.512 (propiedad horizontal) y, dentro de eso que se admita la división que ella proyecta y que incluye, asimismo, la adjudicación de dos fincas contiguas independientes (casitas). Se basa en los valores fijados en los sucesorios por la Dir. Gral. Impositiva.

El demandado se opone a esa forma de división del condominio y no acepta la vinculación que resultaría del sistema de la ley 13.512 por ser fuente de dificultades ulteriores aparte de declinar la elección de unidades que hace la actora. Propugna, en consecuencia, la división mediante tasación y venta judicial, es decir, según su entender, "con arreglo a lo prescripto en el Tit. 8º, Libro III del C. C."

Sin embargo, el art. 2692, contenido en dicho título, no consagra otra cosa que el derecho de pedir la división de la cosa común, pero no prescribe los medios de obtenerla, de modo que puede decidirse el método más apropiado, entre los que el derecho admite para arribar al fin propuesto.

En primer término, la ley se inclina por la división material de la cosa (art. 2695), puesto que es el medio de partición natural.

La venta de los bienes no es sino un sustitutivo jurídico de la partición material y, por lo tanto, un medio subsidiario de dividir lo indivisible. Así las cuatro salas de este tribunal han sentado que si bien es cierto que en la ley no existe suposición alguna que establezca el derecho de cada uno de los herederos de exigir la partición en especie, fluye del sistema general ese derecho y sólo en caso de imposibilidad manifiesta se hará a la venta para reducir a dinero el todo (Sala A, junio 22 de 1951, caso "Rodríguez García" y Sala B, noviembre 27 de 1956, in re "Casanova, suc."; Sala C, marzo 16 de 1955, "Bozzolano, suc."; Sala D, "Reggiani de Simonetta, suc.", setiembre 3 de 1954; ver igualmente resumen de jurisprudencia anterior en el mismo sentido, en Rev. L. L., T. 55, p. 109, nota).

Siendo derecho primordial de los herederos obtener la partición en especie, esta forma de dividir ha venido a ser facilitada por la sanción

de la ley 13.512 cuando se trata de edificios susceptibles de formar varias unidades de viviendas independientes, al posibilitar su adjudicación a propietarios distintos, o sea, en el caso, a los condóminos o más bien coherederos, puesto que no ha mediado formal adjudicación en condominio sino simple inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad con relación al único inmueble de la herencia de Tulio A. Serí, que es el que se pretende dividir.

Lo indivisible según el sistema de dominio del C. C. se ha convertido así en cosa divisible el espacio y, por lo tanto, merece la misma preferencia que antes se ha reconocido a los bienes susceptibles de división. Es cierto que se acuerda con el art. 29 de la ley 13.512 han de seguir indivisas todas las cosas de uso común del edificio e indispensables para mantener su seguridad, pero esto no ha de constituir óbice ante el principio general de derecho de que lo accesorio ha de seguir la suerte de lo principal, de modo que han de aplicarse, con la adaptación correspondiente, las reglas de los arts. 2328 y sigs. del código y sus concordantes.

La línea de todo este razonamiento conduce, pues, a que entre la venta del inmueble y su división por el sistema de la ley 13.512 debe darse preferencia a este último modo de dividir.

Toda cuestión sobre licitación queda por ahora relegada hasta la debida oportunidad. Si los interesados aceptan como base para la división la tasación a que la demanda se ha referido deberán tomar las unidades de vivienda por el precio que en ella se estableció o si prefieren actualizar tasaciones será el caso de que, llegadas las circunstancias, planteen las cuestiones que conviniere a su derecho.

La licitación (Art. 2696) no es un medio opuesto al anterior sino un modo excepcional de oponerse a tasaciones o adjudicaciones injustas y de corregir cualquier abuso del derecho de los demás copropietarios o de los coherederos en las cuestiones o de procurar la adjudicación de bienes de afectación.

Adhiero pues a la solución que propone el Dr. Díaz de Guisjarro, en cuanto a la aplicación legalmente en lo referente a las costas.

Interviene únicamente los suscriptos por encontrarse vacante el otro cargo de juez de cámara de esta sala (art. 109, Reglamento para la Justicia Nacional). En atención con, lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede se confirma en todas sus partes la sentencia apelada. Con costas en la alzada. - Enrique Díaz de Guisjarro - Ernesto Sourrouille (Secr.: Noé Quiroga Olmos).

CONDominio - División en especie. - Propiedad horizontal. - Costas.

1. Aunque la casa en condominio pueda ser adjudicada en especie según el régimen de la ley 13.512 y por sorteo, corresponde el rechazo de la petición formulada en tal sentido para su división, si las dos plantas de aquélla tienen distintos valores, pues en el supuesto de que por el sorteo le perteneciera al oponente el piso de mayor valor, debería abonar una diferencia en dinero que, de acuerdo con su postura, no está dispuesto a pagar; como no puede ser obligado a ello ni existen en el caso otros bienes para compensar, surge una imposibilidad material, totalmente insalvable, de formar dos lotes de idéntico valor.

2. La falta de interés del demandado o de acuerdo entre los condóminos acerca de la división en especie del condominio según el régimen de la ley 13.512, no sería un obstáculo válido a ese fin, ni menos el hecho de que como consecuencia de la adjudicación horizontal quedara subsistente un condominio de indivisión forzosa entre las partes en lo referente al terreno y demás cosas de uso común del edificio, pues en lo accesorio en relación a los pisos sobre cada uno de los cuales se adquiere un dominio pleno y autónomo (en el caso no se pudo efectuar una separación equitativa de las plantas de la casa).

3. Frente a la negativa judicial a la subdivisión, según el sistema de la ley 13.512, en función exclusiva a la partición y consiguiente adjudicación en especie de la casa en condominio, porque no se pudo efectuar una separación equitativa de sus plantas, corresponde que al ejecutar la sentencia que dispone la disolución se proceda a la venta del bien a fin de que a su producido se distribuya por partes iguales entre los actuales condóminos; pero tal solución no cierra la posibilidad de que cualquiera de éstos pida allí la división del inmueble —que es factible según la pericia producida— al sólo efecto de obtenerse un mejor precio en la subasta pública, previo adelanto de los fondos que sean necesarios para materializar tal división.

4. Procede el pago común de los honorarios del perito ingeniero, si se trata de una pericia que fue propuesta por ambas partes, con puntos independientes, y no puede desconocerse que la designación del experto ha sido útil a los efectos de establecer si la cosa en condominio podía o no ser dividida y adjudicada en especie equitativamente entre los comenarés, como lo pretendía uno de ellos según el sistema de la ley 13.512.

43.542. - CN Civ. Sala E, obr. 27-959. - Manulis, Alejandro c. Cernias, Pablo.

2ª instancia, Buenos Aires, abril 27 de 1959.

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El Dr. Calatayud dijo:

19 Solicita el actor, se revoque el pronunciamiento que recurre en cuanto la rendición de cuentas y la división del condominio por el sistema de propiedad horizontal.

En su escrito de fs. 163 no rebata el argumento que determina al juzgador el rechazo de lo primero, o sea, el informe pericial de fs. 131, del que resulta que el demandado no le adeudaría suma alguna por lo que no cabe otra solución que mantener aquel criterio.

20 Su principal agravio se relaciona con el segundo aspecto mencionado. En el escrito inicial, solicitó la división del condominio del inmueble de la calle Saraza 1065, 1067 y 1069, y que se hiciera mediante la adjudicación en especie a cada condómino de una parte de la propiedad, de acuerdo con la ley 13.512, previo ajuste de valores en sorteo.

Contestó el demandado, que no se opone a la disolución pedida, pero que carece de interés en la división horizontal porque se trata de una finca en malas condiciones, de muy difícil fraccionamiento y además, que desea evitar toda clase de dificultades con Matuffa, las que se acrecentarían de llegarse al régimen que éste propugna. Agregó en su alegato, que el reclamo debió hacerse por vía de una acción expresa de división horizontal, y que la ley 13.512 se aplica únicamente en el supuesto de un acuerdo de voluntades. Dijo, finalmente, que estando ambas partes de acuerdo sobre el fondo del asunto, no puede pretenderse la constitución de un condominio de indivisión forzosa ya que no otra cosa significa el régimen de propiedad horizontal.

El juez a quo encuentra improcedente la petición, porque de accederse a ella, las partes no quedarían totalmente desvinculadas entre las dos fracciones en que se podría dividir el inmueble, y no podría obligarse a Cernis a pagar la diferencia de valor y contribuir además a los gastos necesarios para tal división.

Observo, en primer lugar, que no ha sido necesario el planteamiento de una acción especial e independiente, como lo sostiene la parte demandada, ya que en este punto ha de establecerse no sólo la procedencia de la división del condominio, sino también la forma como debe materializarse.

En segundo término, que dicha manera de dividir las cosas particulares se rige por el mismo sistema que la ley fija para partir los bienes sucesorios (art. 2698, C. C.).

En consecuencia, se aplica aquí el principio de que la partición corresponde efectuarla en especie mientras sea factible (art. 1324, C. C. Fornieles, T. 1, Núm. 259; Borda, "Sucesiones", T. 1, Núm. 578 y jurisprud. c. t. por estos autores vinculada con aplicación del principio en materia hereditaria).

La casa objeto del condominio constituye una sola unidad, que consta de dos plantas, con salidas independientes a la calle. Conforme a la pericia practicada por el ingeniero Mondor, puede ser dividida de acuerdo con lo establecido por la ley 13.512. El texto asigna a ambas plantas distintos valores, de ahí que tratándose de dos condóminos, si a uno se le adjudicara el piso bajo, debería pagar al que le correspondiere al otro \$ 37.500.

Este inconveniente —uno de los que señala el juez— es para mí el más fundamental que se opone a la adjudicación en especie y por sorteo que se solicita, pues de pertenecer a raíz de este último la planta baja al oponente, se lo obligaría a abonar una diferencia de dinero, que de acuerdo con su postura, no está dispuesto a pagar. Y como no puede ser obligado a ello, ni hay otros bienes para compensar, surge una imposibilidad material, totalmente insalvable de formar dos lotes de idéntico valor, de ahí que no quepa otro camino que el rechazo de la petición.

Considero que la falta de interés del demandado, o de acuerdo entre los condóminos no habría sido obstáculo valedero a ese fin ni menos el hecho de que como consecuencia de la adjudicación horizontal quedara subsistente un condominio entre las partes, en lo referente al terreno y demás cosas de uso común del edificio (art. 29 ley cit.). Aunque esto último constituye en verdad un condominio de indivisión forzosa, es lo accesorio con relación a los pisos, que es lo fundamental, y en caso de haberse pedido efectuar una separación equitativa habría dado origen a un dominio pleno y autónomo sobre cada uno de ellos.

La subdivisión que se desestima, adviértase, lo es en función exclusiva a la partición y consiguiente adjudicación en especie de la cota en condominio solicitada por la parte actora. Frente a la negativa judicial correspondiera que al procederse a ejecutar la sentencia que dispone la disolución, se proceda a la venta del bien, a fin de que su producido se distribuya por partes iguales entre las partes. Tal solución no cierra la posibilidad de que cualquiera de los interesados pida allí la división del inmueble, lo que se ha visto es factible, pero al sólo efecto de obtenerse un mejor precio en la subasta pública, previo adelanto de los fondos que sean necesarios para materializar tal división.

Con esta última salvedad, y por los fundamentos acordes, propongo se confirme lo resuelto sobre el punto examinado.

19 El demandado también apela, pero únicamente en lo que atañe a las costas cuyo pago se declara común, vale decir el honorario del ingeniero Múñiz.

Aparte de que se trata de una pericia que fue propuesta por ambas partes, con puntos independientes, algunos de ellos también vinculados con la demanda de rendición de cuentas, no puede desconocerse que la designación del perito ha sido útil, a los efectos de establecer si la cosa podría ser o no dividida y adjudicada en especie y equitativamente entre los comuneros, por lo que estimo infundada la queja.

En conclusión, voto por la afirmativa a la cuestión propuesta, y a mérito del resultado negativo de los recursos, las costas de la alzada deberán correr por su orden.

Los doctores González y Casaux Alsina, por razones análogas a las expuestas por el doctor Calatayud votaron en el mismo sentido.

En atención a lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia recurrida, en las partes apeladas.

Se declaran por su orden las costas de esta instancia. Mario E. Calatayud, Arturo O. González, Ismael J. Casaux Alsina (Sec.: Jorge A. Cáfferata).

### 3) L. L., T. 68, 166 (Botilla XII)

#### CONTRATO DE TRABAJO - Despido - Propiedad horizontal

La demanda por indemnización de despido del encargado que prestó servicios en inmueble en propiedad horizontal, debe dirigirse contra el administrador del "consorcio" de propietario, por tratarse de una cuestión relativa a su incumbencia.

31.894 - T. Trab. N° 2, Mar del Plata, Julio 22-1952.

Zanabria, Juan J. c. Consorcio de propietarios del Edificio de calle Brown 2322, Mar del Plata, Julio 22 de 1952. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

El doctor Gulminelli dijo:

La demanda ha sido dirigida contra el consorcio de propietarios o la sociedad colectiva de la casa de la calle Brown 2322 de esta ciudad, por quien alega haber sido contratado para desempeñarse como casero o encargado y luego despedido por el administrador de la referida propiedad colectiva.

Notificada la demanda en el lugar referido, se tuvo por contestada la misma en rebeldía al no prosperar una excepción de falta de personalidad en el representante del demandado opuesta por el actor.

Ahora se presenta la propietaria de uno de los departamentos solicitando se declare la nulidad de todo lo actuado por no haber sido notificada personalmente de la demanda en su domicilio, residencia permanente ubicada en la Capital Federal, pues el departamento lo habita exclusivamente en la temporada veraniega; argumenta que la ley 13.512 no crea un régimen de sociedad entre los copropietarios, por lo que debió notificarse la demanda a todos y a cada uno de los propietarios de departamentos en la forma establecida en la ley procesal y los arts. 89 y 94 del C. C.

Por su parte, el actor refuta esas pretensiones alegando, entre otras razones que estimo secundarias, que sólo con la administradora debía entenderse la notificación de la demanda, "pues con la administradora de la casa se ha vinculado al portero o encargado de la casa, siendo aquélla la misma persona quien ha contratado sus servicios (art. 9, ley 18.512)".

La cuestión planteada nos lleva directamente al examen de la naturaleza jurídica de ese "consorcio", a que alude el art. 9 de la ley y los caracteres de esa figura "administrador" o "representante" que debe figurar obligatoriamente en toda casa de propiedad por departamentos (art. 9, inc. a), ley cit.). Es evidente que el legislador ha editado efectuar definiciones y aún más pareciera esforzarse en mantener la nueva institución dentro de los cánones del dominio y condominio del derecho civil tradicional, pero sin llegar a desvirtuar las necesidades que plantea la coordinación de esos derechos de exclusividad y la organización de los servicios que demandan el goce integral de los mismos, para lo cual se ha hecho inevitable erigir un organismo, ente o persona gobernada por el "quorum" que la ley establece (mayoría de propietarios, mayoría del valor en algún supuesto de vetustez) y representado legal y exclusivamente, por un propietario u extraño libremente designado por los condóminos.

Entiendo que sin necesidad de incursionar en profundos problemas de valoración jurídica —impropios de este lugar y momento— puedo determinar estrictamente la cuestión con estos conceptos: manétese el régimen de la ley 13.512 los principios de exclusividad del dominio y condominio del C. C., estableciendo no obstante una personalidad restringida e indispensable para posibilitar el goce de la cosa común. Surge así un ente de caracteres propios símil de sociedad, susceptible de representar al grupo y obligar al consorcio, ya sea por la asamblea de propietarios (art. 10), del representante o administrador (art. 9, 11 y conc.).

Establece el aludido art. 10 que "los asuntos de interés común que no se encuentren comprendidos dentro de las atribuciones conferidas por la ley o por el reglamento al representante de los condóminos", serán resueltos por mayoría de votos. Por su parte, el art. 9 prescribe la designación de un representante "que tendrá facultad para administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin..." y "podrá elegir al personal de servicio de la casa y despedirlo"; además, "actuará en todas las gestiones ante las autoridades administrativas de cualquier clase, como mandatario legal y exclusivo" (art. 11). Aunque la ley no hace expresa alusión a la personalidad jurídica del consorcio ni a la capacidad del representante para representarlo en juicio, sin mandato especial, me inclino a declarar que se halla capacitado para hacerlo cuando menos en aquellas cuestiones que se deriven de los actos de administración de la cosa común que por imperio legal son de su competencia. Y la elección, contratación y despido del personal son los más típicos actos de administración en lo que los propietarios no tienen la más absoluta ingerencia.

Entender como lo pretende la recurrente que toda acción del ejercicio de actos de administración sea dirigida y notificada a todos y cada uno de los propietarios, significaría desconocer la finalidad práctica perseguida por la ley al crear la figura del representante "legal y exclusivo"; sería lo mismo que utilizar sus servicios para gozar de los beneficios de su gestión sin reconocer las responsabilidades que de la misma puedan surgir. Véase el absurdo que se seguiría si un obrero, que no ha tenido ningún trato con los propietarios, debe dirigir su demanda contra decenas o centenares de ellos notificándolos a cada uno en el domicilio real (v. gr., el edificio "Saco") de esta ciudad.

El último análisis, debe considerarse que la recurrente no ofrece en su presentación la prueba del domicilio distinto que alega, como lo quiere el ordenamiento procesal de la ley 5178 (t. o.) (art. 34). Debe rechazarse, pues, el pedido de nulidad, con costas (art. 25, ley 5178 t. o.). Estimo el honorario del letrado apoderado del actor, en la suma de \$... y el del letrado de igual carácter de la demandada en su suma de \$... (art. 152 y conc., ley 5177).

Tal es mi voto.

El Dr. García Durán:

El instituto de la propiedad horizontal, por pisos o departamentos que crea la ley 13.512, al derogar por el art. 18 de la misma los arts. 2617, 2685 y 2693 del C. C., ha posibilitado la solución de un problema extensa y antiguamente legislado en el derecho comparado, cual es la hipertrofia urbana y el elevado costo del suelo, modificando el concepto de la exclusividad del dominio tal cual surge de los arts. 2508 y 2518 y conc. del mismo cuerpo. No me parece que sea posible dudar

que el concepto jurídico emergente de los arts. 1 y 2 de dicha ley no es otro que la subsistencia del dominio sobre el propio departamento con especiales restricciones, y de condominio sobre las demás cosas de uso común (art. 2711, C. C.), para cuya administración la propia ley contiene previsiones taxativas, cuyo sentido es plenamente claro y terminante. La ley habla (art. 11) de un representante con facultades determinadamente especificadas (arts. 9, 10 y 15) que es mandatario legal y exclusivo, y ha de advertirse que a pesar del concepto confuso "consorcio de propietarios" del art. 9, su naturaleza, atento a lo dispuesto por el art. 2701 del C. C. no es la de socio administrador, y no ya reputado como mandatario sino que la ley le impone actuar en tal carácter. El art. 8 habla de "expensas comunes", por el art. 9 figura la designación del personal de servicio y su despido, por ese representante, por cuyas cuotas, a mérito de lo dispuesto por el art. 17 de la ley y en el concepto del art. 3266 del C. C., aparece una obligación mancomunadamente divisible (art. 690, 691, 693 y conc., C. C.), cuyas consecuencias, frente al problema en examen, resultantes de los cuatro artículos siguientes no pueden dejarse de tener en cuenta. Téngase en cuenta además el texto actual del art. 11 de la ley y tal como figuraba en el proyecto que admitía la personería del representante en los casos judiciales de interés común y la supresión de esta cláusula para reducirla a los estrictos límites de "gestiones ante las autoridades administrativas" y la personería específica judicial que resulta del art. 15, están revelando y confirmando lo dicho "supra" que no ha estado en la mente del legislador atribuir al llamado consorcio, el carácter de un ente con personalidad jurídica tal cual se expresa por la propia autora en su escrito de fs. 28/29.

No podemos decir, pues, que nos hallamos ni ante una representación necesaria o legal (art. 1870, inc. 1, 2 y 3, C. C., y doctrina arts. 33, 35 y 36 y 42 del mismo) y, por consiguiente, conengo con Poirier ("La propiedad horizontal", DEPALMA, 1950, p. 139), en que sólo puede mediar el ejercicio de la "legitimatio ad causam passiva", mediante expreso mandato de todos los copropietarios, pues la intervención en juicio, es un acto que excede los poderes ordinarios del administrador, aunque su finalidad puede ser conservatoria. Es así como a tal respecto debe citarse —señala *ib. núm. 137*—, a cada copropietario en su domicilio real "que a menudo no se encuentra en el edificio" —caso de auto— y ante tal inconveniente legalmente no puede haber *litis válida*, ni notificando al gerente o en el propio lugar del trabajo. El prestigioso jurista Salas, que anota la obra citada, corrobora a pie de página tal criterio. Adviértase por lo demás que la ley en parte alguna al referirse al representante lo considera tal de la "comunidad", sino de los copropietarios y, por consiguiente, es aplicable el art. 1892 del C. C. y no el art. 1676. Por consiguiente, teniendo en cuenta además el punto tercero

del "petitum" del fs. 12 vta., lo manifestado a fs. 28/29, lo que surge del recibo de fs. 17 y lo expuesto a fs. 19/20 y los argumentos pertinentes de la obra de Corchon, citada en autos, ps. 18, 19, 47/49 y 53, acreditando la peticionante de fs. 89, con el testimonio de fs. 85/88, su carácter de copropietaria, y ofreciendo pruebas a fs. 91 vta. del domicilio real que alega, es parte y debe ser tenida por tal y pudiendo solamente basarse en hipótesis la posibilidad del conocimiento de la acción tal cual prescribe el art. 65 "in fine" del cód. de proced., atento al planteamiento anterior, con respecto a la personería y consecuente con el criterio sentado a fs. 50, y no resultando controvertido el hecho de que la representante de fs. 89 no vive en el edificio del "consorcio" (art. 129, cód. de proced.), la prueba ofrecida es superabundante y de conformidad a los arts. 89 y 100 del C. C., 38 y 65 del cód. de proced., las razones expuestas y lo prevenido por el art. 18 de la ley 5178, es evidente que desde "ab initio" hay un "error juris" imputable a la actora al no cumplir con los requisitos de la demanda (art. 31, inc. b, ley 5178, t. o.), por cuanto no puede afirmarse que el actor no sepa que los copropietarios viven en el edificio en temporada ni puede entenderse que no lo conozca, como resulta por implicancia del modo expreso en que se ha pedido de la notificación de la demanda (punto tercero, "petitum" de fs. 12 vta.) y por consiguiente, amén de la doctrina sentada en mi voto in re Barbosa c. Zabala, invocada por el peticionante a fs. 92, corresponde y así lo voto, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir de fs. 17. Tal es mi voto.

El Dr. Plata dijo:

La originalidad de la controversia sub examen determina la necesidad de ajustar el enfoque jurídico de la cuestión bajo la faz más justa y práctica para los intereses en juego, no dejando, desde luego, de considerar el aspecto puramente jurídico que plantea. En ese sentido y sin con ello contradecir las razones legales que señala el Dr. García Darán en su voto, entiendo que si bien se puede sin tortura de la ley, considerar extendido el mandato del representante legal del consorcio a los actos de la naturaleza pues como acertadamente lo sostiene el Dr. Gulminelli, con términos que comparto si el art. 9 de la ley 13.512 faculta al representante para elegir el personal de servicio y despedirlo, lógico es que le acuerde poderes implícitos para todo lo relativo a esa gestión, ya que cabe interpretar que quien nombra y remueve (contrata o deja sin efecto un contrato de trabajo) tiene, en virtud del brocardo "quien puede lo más, puede lo menos" la personería suficiente para entender en todas las cuestiones propias de su mandato legal.

La fisonomía "sul generis" de este instituto nuevo hace que no se pueda ajustarlo a los principios que llamaría clásicos del C. C. y frente a la enorme incongruencia que una aplicación de tal naturaleza acarrearía a las partes, cuyas consecuencias claramente señala el vocal que lleva

la palabra en la parte final de su voto, inclino el mio en igual sentido. Por lo expuesto adhiero al voto del Dr. Gulminelli.

En este estado, el tribunal, a mérito de lo que resulta de la votación y citas legales habidas, resuelve rechazar la nulidad deducida por la parte demandada, manteniendo firme, en consecuencia, todo lo actuado en autos. Declarar las costas del incidente a cargo de la parte vencida. Enrique J. Plate, Ludovico D. Gulminelli, Oscar García Durán. Ante mí: Críster V. De Paoli.

4) L. L., T., 83, 124 (Boletín XII)

DOMINIO. - Propiedad horizontal. - Consorcio de propietarios. - Normas aplicables. - Convocatoria judicial de los copropietarios.

1. Mientras no se firme la escritura traslativa de dominio y no se suscriba el reglamento de copropiedad y administración, los adquirentes de una finca vendida bajo el régimen de la ley 13.512 no pueden invocar la existencia del "consorcio de propietarios", ni se ha constituido a favor de ellos el derecho real "sui generis" que caracteriza el sistema implantado por dicha ley.

2. Desde que la promesa de venta de un inmueble se realiza bajo el régimen de la ley 13.512 y los compradores designan un representante legal y un administrador común, recibiendo la posesión de los departamentos adquiridos y contribuyendo a la administración del edificio, existe entre ellos y el vendedor, una relación jurídica que, si bien no está contemplada por aquella ley se rige por la aplicación analógica de sus disposiciones (art. 10).

3. Corresponde la convocatoria judicial de los futuros copropietarios de una finca afectada al régimen de la ley 13.512, si de las constancias de autos se desprende que efectivamente existe la imposibilidad de reunirlos privadamente.

39.069. CN Civ., Sala D, mayo 9-1956. González Ríos Bernabé S. c. Acerbo, Antonio A. y otros.

Primera instancia (fs. 51). Buenos Aires, junio 15 de 1955. Por presentado, parte y constituido el domicilio legal. Agréguese la documentación acompañada y de la acción instaurada, traslado por el término y bajo los apercibimientos de ley. En los términos del art. 10 de la ley 13.512, citase a asamblea a los copropietarios, e intímese a los demandados para que presenten la nómina completa de los mismos para el día 7 de julio, a las 14.30 hs., debiendo transcribirse en la cédula respectiva

el orden del día a tratarse, el cual deberá ser consignado en autos. - Mario E. Videla Morón (Secr.: Enrique Giraudy).

Primera instancia (fs. 74). Buenos Aires, setiembre 2 de 1955. Considerando: el art. 10 de la ley 13.512 sobre "propiedad horizontal" faculta a los propietarios —en este caso adquirente bajo el expresado régimen legal— a solicitar del juez la convocatoria a una audiencia cuando no pudiera lograrse la reunión de la mayoría de los propietarios.

Frente al aludido precepto resulta indudable el derecho de los presentantes de fs. 44 y "otroci" de fs. 50 a impetrar la audiencia fijada a fs. 51.

Estimo improcedente la oposición deducida a fs. 60 por los demandados, ya que en su carácter de vendedor de las unidades no revisten calidad de copropietarios o coadquirentes, indispensable a los fines de reconocerles personería en dicho incidente.

Por otra parte, el suscripto considera "prima facie" necesaria la celebración de la audiencia ordenada en atención a la índole de las cuestiones que integran los puntos a tratar.

Por ello, resuelvo no hacer lugar a la oposición deducida a fs. 60, desagando asimismo el recurso de apelación interpuesto en subsidio por considerarlo improcedente atenta a la falta de personería que he mencionado. Con costas.

A los mismos fines establecidos en el auto de fs. 51, señálase la audiencia del 20 de setiembre a las 14 hs. y atención a lo informado por la Dir. Gral. Impositiva en el oficio de fs. 71, intimase a Sagla (S. A.) para que dentro de tercero día presense la nómina completa de los adquirentes de los departamentos del edificio de calle Libertador Gral. San Martín 4780, bajo apercibimiento de convocarse a la asamblea mediante edictos a publicarse por su cuenta. Fórmese incidente por separado, a cuyo efecto espídanse los testimonios requeridos a fs. 72; desglócese el oficio de la Dir. Gral. Impositiva de fs. 71. Luis G. Segura (Secr.: Luis M. Pomes).

2ª instancia. Buenos Aires, mayo 9 de 1956.

1º El actor, adquirente de un departamento bajo el régimen de la ley de propiedad horizontal, demanda al dueño del inmueble por escrituración y cumplimiento del contrato de compraventa, y al mismo tiempo solicita se convoque a audiencia a los adquirentes de los restantes departamentos —ocupantes, como él, de los mismos—, para decidir las cuestiones que detalla a fs. 51 vta.

Toda vez que se trata de acciones independientes, que se dirigen contra personas distintas y no se sustentan por los mismos límites (arts. 66 y 74 cód. de proced. y 10, ley 13.512), su acumulación es improcedente.

2º El apelante se agravia porque los compradores han sido citados a la audiencia señalada por el juez sin haberse demostrado que previamente se realizaron con éxito, gestiones para reunirlos, recaudo que establece el art. 10 de la ley 13.512 como condición para la viabilidad de la gestión judicial pertinente. Para ubicar debidamente el problema jurídico que se plantea, corresponde señalar: a) que ni el actor, ni los demás compradores de departamentos que a fs. 50 adhieren al pedido de fijación de audiencia, son todavía propietarios, por cuanto los respectivos boletos de compraventa no han sido trasladados a escritura pública (art. 1184, inc. 1 C. C.).

b) que las partes no han suscripto el reglamento de copropiedad y administración que prevén los arts. 9 de la ley 13.512 y 1 de su decreto reglamentario, instrumento esencial dentro del régimen que organiza dicha ley.

Estrictamente, pues no existe todavía "consorcio de propietarios" (art. 9), no ha surgido la figura jurídica compleja de la "propiedad por pisos o departamentos", ni se ha constituido el derecho real "sui generis" que caracteriza el sistema de la ley 13.512. El vendedor sigue siendo propietario de todo el edificio y de cada uno de los departamentos que lo componen, y los compradores del derecho de reclamar la escrituración de la unidad adquirida (art. 1185 C. C.).

Sin embargo, desde que las promesas de venta se realizaron "bajo el régimen de la ley de propiedad horizontal 13.512", y los compradores adhirieron a la designación de un común representante legal y administrador del inmueble, recibieron la posesión de sus departamentos y contribuyen a los gastos de mantenimiento y administración del edificio, no cabe duda que existe entre ellos (y también con relación al vendedor que reservó para sí dos departamentos) una relación jurídica que, nacida de una comunidad de derechos e intereses, crea obligaciones recíprocas, cuya regulación no prevé la ley 13.512, no obstante lo cual sus disposiciones son aplicables por vía analógica (art. 16, C. C.) dada la similitud de la hipótesis legal con el caso de autos. Hecha esta aclaración, va de suyo que la aplicación extensiva del art. 10 de la ley 13.512 a la situación que se plantea en el sub lite no puede merecer reparo alguno.

3. Es verdad que, como lo señala el apelante, y en ello finca el agravio, el precepto legal estatuye que la convocatoria por intermedio del juez recién procede "cuando no fuera posible lograr la reunión de la mayoría de propietarios" y este recaudo en ningún modo ha sido cumplido por los actores.

Empero, de las constancias de autos se desprende que efectivamente existe imposibilidad de reunirlos. Por de pronto, los representantes de fs. 44/50 manifiestan desconocer los nombres de los demás compradores, y la diligencia cumplida a fs. 71 con el objeto de establecerlos, no ha dado resultado. Además, la situación de trámite que se percibe a través de estas actuaciones, permite prever las dificultades que se presentarían para reunir sin el auxilio de la justicia, la mayoría necesaria. Ambas circunstancias justifican, en opinión del tribunal, la convocatoria requerida por los actores.

Los demandados pretenden que la situación en los compradores debió hacerse por intermedio de la firma administradora del edificio, pero la ley no asigna esa función al administrador (arts. 9 inc. a y 11), y más bien parece reservada a los propietarios (art. 10). La forma de convocar a los mismos es materia propia del reglamento (art. 9, inc. c), que en el caso sub examen aun no ha sido aprobado.

Por lo expuesto, se confirma el auto de fs. 74 que mantiene el de fs. 51 y se manda a formar expediente separado con las piezas que se indican a fs. 74 vta. y las que se corren de fs. 71 en adelante incluso la presente resolución. Las costas de ambas instancias en el orden causado, alinto a la naturaleza de la cuestión que se resuelve. - Miguel Sánchez de Bustamante. Acdee| E. Salas. Néstor D. Cichero. (Secr.: Jorge R. L. Soto.

5) L. L., T. 80, 25 (Boletín XII)

PROPIEDAD HORIZONTAL. - Infracciones. - Competencia. - Competencia penal.

La justicia penal es incompetente para conocer en las sanciones previstas por la ley 13.512, aun cuando puedan dar lugar a la privación de libertad.

37.578. CN Penal, agosto 19-955. De Santis, Nino y otros.

Opinión del agente fiscal. Se refiere la presente causa a hechos prohibidos por el inc. a) del art. 6 de la ley 13.512, transgresiones que son penadas según el art. 15 de la misma ley con arresto de hasta 20 días o multa de 200 a 5.000 pesos. En tal forma nos encontramos ante un hecho sancionado con una pena corporal, cuya aplicación sería de competencia de la justicia penal correccional, o con sanción pecuniaria, cuya aplicación es privativa del fuero de instrucción por su monto.

Tratándose de una sanción que puede ser aplicada insistentemente, es competente el juez de más amplia jurisdicción. En consecuencia, estimo que corresponde instruir sumario. - Alejandro Warchavsky.

Primera instancia. Buenos Aires, junio 27 de 1955.

Considerando: Que Simón Abtécasis por poder especial y como mandatario del consorcio propietario del edificio de la calle Rivadavia 3216/24, se presenta a fs. 32, iniciando formal querrela contra Nino De Santis y/o María Belgiorno Nentis de De Santis y/o c. Hugo Novel López o quien resulte propietario o ocupante de la unidad 8 de la finca de la calle Rivadavia 3216/24, por transgresión del reglamento de copropiedad de la citada finca y a fs. 6 y 15 de la ley 13.512.

Expresa que los propietarios de dicha finca resolvieron venderla por el régimen de la ley de propiedad horizontal, y constituyéndose así el consorcio de propietarios se redactó el reglamento de copropiedad y administración que fue debidamente inscripto en el Registro de la Propiedad. Hugo Novel López, inquilino de la unidad 8, firmó el correspondiente boleto de compraventa, que luego transfirió a Nino De Santis a principios de 1954 y poco después los copropietarios vecinos tuvieron conocimiento de que en la citada unidad 8 se había instalado una academia comercial y colocado en los balcones del edificio (piso 2º) y en la puerta de entrada, carteles anunciadores de la actividad allí desarrollada. Tal cambio de destino fue hecho en flagrante violación de los arts. 4, 7, 17 y 18 del reglamento en cuanto está prohibido a cada propietario cambiar la forma exterior del frente, colocar chapas o letreros, destinar únicamente la vivienda para la familia con exclusión expresa de actividades profesionales, lo que no puede modificarse sino por resolución de todos los propietarios y que dicho reglamento regirá para adquirentes, sucesores, locatarios o ocupantes de los departamentos de cualquier título. Además, los querrelados, sin autorización del consorcio modificaron la estructura de un ventanal existente en el fondo de la unidad Nº 8. Acompaña el querrelante la documentación en que funda su derecho, fotografía del frente del edificio, e intimaciones formuladas a los querrelados, mediante telegrama colacionado.

Que el art. 6 de la ley 13.512 sostiene dos prohibiciones para los propietarios u ocupantes de los departamentos de propiedad horizontal, sancionando su violación con pena de arresto hasta 20 días o multa de \$ 200 hasta \$ 5000 (art. 15), estableciendo que la denuncia por tales transgresiones será formulada ante el juez competente sin que en forma expresa la ley establezca ante qué jurisdicción deberá instaurarse la acción.

Los jueces nacionales en lo penal conocen de los delitos comunes que contempla el art. 31 del Cód. de Proced., con la modificación de la ley 13.998 y si consideramos que el delito es "una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal, conforme a las condiciones objetivas de éstas" (Soler, T. I., p. 237), es obvio que en el mismo se sanciona con una pena a violaciones del "litis consorcio" creado por la ley 13.512 (de propiedad horizontal), violaciones éstas que por ningún concepto pueden ser equiparadas a los delitos de derecho común, para cuya represión ha sido establecida la jurisdicción del proveyente.

Por ello, oído el acente fiscal v. de conformidad con lo dispuesto en el art. 290 del Cód. de Proced. Crim., resultivo:

1) Tener a Simón Abecasis como parte querrelante, con el domicilio constituido a fs. 32.

2) Desestimar la presente querrela instaurada por Simón Abecasis, por infracción a los arts. 6 y 15 de la ley 13.512.

3) Impónese las costas a la parte querrelante. - Enrique Pardo Campes. (Secr.: Raúl Barceló).

Opinión del fiscal de Cámara. La cuestión que motiva la vista que se me corre no constituye propiamente un problema de competencia, salvo que a éste se lo haga consistir en que los jueces en lo penal carecen de competencia para entender en hechos que no sean delitos.

Dejando de lado la definición de Soler (podría recurrirse a la de muchos autores nacionales o extranjeros), lo cierto es que la Constitución Nacional consagra el principio de reserva (el antiguo "nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penal") y la repulsa a la interpretación analógica, que constituyen las garantías indispensables a la libertad individual.

Las violaciones a un reglamento de origen privado, cualquiera sean las consecuencias que quitan apearar, jamás serían aptas para constituir delito. Por estas razones entiendo que el a quo invoca correctamente la norma del art. 200 del Cód. de Proced. Crim.; y requiere a V. E. que confirme el fallo apelado con las costas de la alzada. - Hernán A. Pessagno.

Segunda instancia. Agosto 19 de 1955.

El incumplimiento por las partes de obligaciones contractuales, que no tienen carácter delictivo, no es materia de la justicia penal, aun cuando se haya determinado por la ley respectiva una sanción que pueda dar lugar hasta privación de libertad.

Por los fundamentos contenidos en la resolución de fs. 40 vta., y los que sirven de apoyo al dictamen fiscal de fs. 47 se confirma, con costas el auto anulado de fs. 40 vta. que desestima la presente querrela por aplicación del art. 806 del Cód. de Proced. Crim. - Raúl Musilla Lacasa. - Gregorio A. Soldán. - Práxedes M. Sagasta (Secr.: Fernando Otero).

6) L. L., T. 87, 572 (Boletín XII)

PROPIEDAD HORIZONTAL. - Competencia. - Sanciones privadas de la libertad.

La transgresión a las prohibiciones contenidas en el art. 6 de la ley 1512 no tiene carácter delictivo ni es materia de la justicia penal, aun cuando esa ley, en su art. 15, prescriba sanciones que pueden dar lugar a la privación de la libertad.

40.944. CN Civ.; Sala D, abril 25-1957. Consorcio de propietarios de Paraguay 1148 c. Echeverry, Luis H. y otro.

Primera instancia. Buenos Aires, setiembre 25 de 1956. Considerando: La sanción que el art. 15 de la ley 13.512 impone a los propietarios y ocupantes de las unidades de vivienda regidas por dicha ley que violen las normas del art. 6 —arresto hasta 20 días (prisión según el art. 305 C. P.) o multa en beneficio del fisco de \$ 200 a \$ 5.000— tiene un carácter esencialmente penal y de ello cabe inferir que la denuncia correspondiente debe formularse y es de la competencia de la justicia del crimen.

Además y en el mismo sentido, es del caso destacar que el propio precepto, en su última parte establece que "la aplicación de estas penas no obstará el ejercicio de la acción civil resarcitoria que compete al propietario o propietarios afectados", vale decir, que deslinda claramente las acciones de distinto carácter —civil o penal— a que da lugar la violación de las normas de que se trate.

Por ello y no deducidose en autos la acción civil resarcitoria a que se ha hecho referencia, única que compete al juzgado, declarándose su incompetencia, para entender en este juicio.

En consecuencia, no corresponde resolver sobre la cuestión planteada en fs. 32 (arg. art. 93, cód. de proced.). Devuélvase a los interesados la documentación acompañada dejándose constancia en el expediente. - Roberto M. Tieghi. (Secr.: José M. Monclá).

Opinión del fiscal de Cámara. El juez a quo se declara incompetente para conocer en la presente acción porque entiende que la sanción que importa el art. 15 de la ley 13.512 a los propietarios ocupantes de las unidades de vivienda regidas por dicha ley que violen las normas del art. 6 tiene un carácter esencialmente penal, y por tanto; la denuncia pertinente debe realizarse ante la justicia del crimen.

No comparto este temperamento, porque como bien lo señala el maestro Eugenio Florián, "el objeto esencial del proceso penal es una relación del derecho público donde se desenvuelve otra relación de derecho penal" (v. "Elementos del Derecho Procesal Penal", trad. Prieto Castro, Barcelona, 1934), hipótesis que no se dan en el sub lite pues no está afectado ningún interés público ni tampoco se trata de deslindar la posible existencia de un delito.

Es por ello, que comparto el criterio de la Cám. Nac. en lo Penal en el fallo registrado en Rev. L. L. T. 80, p. 25 en oportunidad de

una situación idéntica a la de autos y donde el tribunal declaró que "el incumplimiento por las partes de obligaciones contractuales, que no tienen carácter delictivo, no es materia de la justicia penal, aun cuando se haya determinado por la ley respectiva, una sanción que pueda dar lugar a una sanción privativa de libertad". De acuerdo con lo expuesto, así como que V. E. al tiempo de revocar el auto apelado debe declarar la competencia de la justicia civil para conocer en la presente acción. - Raúl Pezazo Nado.

Segunda instancia. Buenos Aires, abril 23 de 1957. La violación de cláusulas contractuales o de normas legales supletorias, que funcionan en el ámbito de los intereses privados, no constituyen delito, y, por lo tanto, su conocimiento no corresponde a la jurisdicción repressiva.

A este respecto y con expresa referencia a las prohibiciones contenidas en el art. 6 de la ley 13.513 se ha declarado que su transgresión no tiene carácter delictivo ni es materia de la justicia penal, aun cuando esa ley en su art. 15 prescriba sanciones que puedan dar lugar hasta privación de la libertad (Cám. Nac. Penal, agosto 19 de 1955, Rev. L., L., T. 80, p. 25). En el mismo sentido se pronuncia Eduardo J. Laje en su libro "La propiedad horizontal en la legislación argentina", p. 258, Nº 516.

Por ello y fundamentos del precedente dictamen del fiscal de Cámara se revoca el auto apelado. - Néstor D. Cichero. - Abel M. Fleitas. (Secr.: Luis N. Perrón).

#### 7) L. L., T. 10, 339 (Boletín XIV)

4675, Cámara Civil 1ª de la Cap.

HIPOTECA. - Indivisibilidad de la hipoteca.

1. Cuando el campo vendido en la ejecución seguida por el titular de una primera hipoteca que recae sobre la superficie total, está constituido por varios lotes que a su vez reconocen otras tantas hipotecas especiales en segundo término, el juez debe proceder a la liquidación del crédito del actor, repartiendo la carga general entre las diversas fracciones, como si ellas sufriesen una disminución proporcional de su valor, desde que ello no contraría el principio de la indivisibilidad, máxime cuando dicha subdivisión ya fue contemplada desde la constitución del préstamo.

2. El principio de que las hipotecas más antiguas deben ser pagadas con preferencia a las más recientes, sólo rige cuando se trata de hipotecas constituidas sobre un mismo inmueble, pero no tiene aplicación

cuando los inmuebles son distintos o cuando se trata de hipotecas que afectan a fracciones de un inmueble, gravadas separadas e individualmente, como si fuesen lotes distintos.

Compañía de Hipotecas de Tierras de Nueva Zelanda y Río de la Plata c. Cárcano Ramón J.

Primera instancia. Buenos Aires, marzo 16 de 1937. Considerando:

Que según resulta de las constancias de fs. 78, 86 y 119, el producido de remate alcanzó la cantidad de \$ 715.548,76; de la que retiró el primer acreedor hipotecario la suma de \$ 627.724,37 en concepto de capital, intereses y costas por lo que queda un saldo líquido de \$ 70.315,89 a dividir entre el resto de los acreedores hipotecarios.

Que la liquidación de fs. 148 para dividir este saldo sólo toma en cuenta las superficies de los lotes I b y II b omitiendo hacerlo con las del lote III b también vendido en el remate y cuyo importe ha sido calculado para determinar el saldo líquido.

Que en esta forma la Sra. de Basalbibaso recibiría parte del precio de un bien no afectado por su garantía hipotecaria; lesionando los intereses de los otros créditos garantidos con el valor de ese lote.

Por tanto y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 3108, 3110 y 3112 del C. C., resuelvo rechazar la liquidación presentada. Francisco D. Quesada. - Ante mí: Isidoro Ruiz Moreno (h.).

Segunda instancia. Buenos Aires, abril 21 de 1938. Considerando: Que para la mejor comprensión del asunto, conviene dejar aclarada la situación que se plantea al tribunal y lo que debe ser materia del pronunciamiento.

Que el ejecutado, para garantizar un préstamo que le acordara la Compañía de Hipotecas de Tierras de Nueva Zelanda y Río de La Plata, gravó con hipoteca en primer término, toda la extensión de un campo de su propiedad, dividido en tres lotes, según un plano levantado por el ingeniero Gelo Cámara agregado a la escritura de la constitución de la hipoteca, y que se designaron con los números Ib, IIb y IIIb.

Que con posterioridad, hipotecó en segundo término a la Sra. María Cárcano de Basalbibaso, el lote Ib, registrándose la hipoteca el 14 de junio de 1932; luego hipotecó también con este grado a diversos bancos, los lotes IIb y IIIb, y en tercer término a favor de los mismos, el lote Ib, anotándose la hipoteca el 7 de setiembre de 1933.

Que promovida la ejecución contra el deudor por la compañía nombrada, el inmueble se remató en dos fracciones: la primera constituida

por el lote IIIb; y la segunda compuesta por el lote Ib, y una fracción del IIb, sin objeción de los acreedores en segundo término. Vendido el campo, la fracción primera se adjudicó a razón de \$ 170 la hectárea, y la segunda a \$ 240. El producido de la subasta bastó para desinterezar a la acreedora en primer término, quedando todavía un saldo de \$ 70,315,89 para responder a los otros créditos.

Se trata de determinar ahora, si dicho sobrante debe distribuirse entre las hipotecas en segundo término que gravan los lotes Ib y IIb, únicamente, como lo afirma la señora de Basabilbaso, o si debe hacerse

la liquidación proporcionalmente a los precios obtenidos por los tres lotes, como lo sostienen los bancos, vale decir, incluyendo el lote IIIb, cuyo precio de venta, según lo destaca la Sra. de Basabilbaso, no habría llegado a cubrir el promedio base por hectárea resultante del cálculo efectuado teniendo en cuenta el producido del remate y la superficie total vendida.

Que la desinteligencia entre las partes se produce con motivo de la encontrada interpretación que hacen acerca de lo dispuesto en los arts. 3112 y 3113 del C. C., y como en realidad existe una evidente analogía entre las circunstancias que caracterizan al sub-judice y la que tiene lugar cuando la hipoteca primera recae sobre más de un inmueble que a su vez reconoce otros gravámenes, son los mismos principios los que deben recibir aplicación, por lo que corresponde investigar la doctrina que lo informa y los antecedentes nacionales y extranjeros, a falta de una norma concreta que resuelva el punto.

Que el hecho de ser uno el inmueble hipotecado, y de haberse vendido lo que del mismo —una porción se vendió antes por el dueño— en su totalidad y en un solo acto, no obstante su fraccionamiento en lotes, simplifica grandemente la solución del problema.

Que en efecto, en el supuesto de un acreedor en primer término, con hipoteca sobre varios inmuebles de su deudor, sobre los cuales éste ha constituido posteriormente otras hipotecas especiales, ha originado desde antiguo problema de difícil solución, por falta de un texto legal que defina expresamente los efectos que produce sobre los acreedores en segundo término, el ejercicio de la facultad de elección que la ley confiere al primero, agregada al principio de la indivisibilidad de la hipoteca; pero la gran mayoría de los autores ha coincidido en sostener que el conflicto desaparece prácticamente cuando todos los inmuebles, u cada uno en la misma circunscripción del juez, han sido vendidos a un mismo tiempo y no existe interés evidente de parte del acreedor con privilegio general, para hacer recaer su hipoteca sobre determinado bien. Entoncez el juez debe colocarlo de manera de perjudicar en lo menos posible a las hipotecas especiales en segundo término, y podrá hacer que aquélla

incida parte sobre el precio de un inmueble, y parte sobre el otro, repartiéndola proporcionalmente al valor de cada uno, de modo que cada uno contribuya "à sa marc le franc" al pago de la carga general, lo cual no contraría el principio de la indivisibilidad, porque dicho acreedor es íntegramente desinteresado.

Que el argumento según el cual la repartición de la carga común debe hacerse teniendo en cuenta la fecha de inscripción de los gravámenes, a fin de que los más antiguos sean pagados con preferencia a los más recientes, carece de fuerza de convicción, desde que el principio invocado sólo rige cuando se trata de hipotecas constituidas sobre un mismo inmueble. La regla "prior tempore, potior iure" no tiene aplicación cuando los inmuebles son distintos, y lo mismo puede afirmarse respecto de las hipotecas que afectan a fracciones de un inmueble, gravadas separadas, individualmente como si fuesen bienes distintos. Desaparecen entonses la cuestión del rango entre las hipotecas especiales para quedar solamente la relativa a la forma de repartición de la hipoteca general sobre los bienes afectados.

Que si todo el inmueble hipotecado, y cada parte de él, responde por toda la deuda y cada parte de ella, no es lógico que su peso recaiga sobre una fracción del mismo, con igual intensidad que sobre otra de mayor valor, cuando lo natural es conservar un justo equilibrio, desde que todas han sido apreciadas en proporción a la importancia de cada una, para la garantía integral del préstamo; luego es equitativo que la hipoteca general se reparta entre las fracciones, como si ellas sufriesen una disminución proporcional de su valor, máxime cuando dicha subdivisión ya fue contemplada desde la constitución del préstamo.

Que la conclusión a que arriba el tribunal ha sido admitida implícitamente por el legislador, dado lo dispuesto en el art. 3171 del C. C. al reglamentar los derechos del tercer poseedor en situaciones parecidas; y por la comisión redactora del proyecto de reformas al citado código, al proponer los arts. 1722 y 1723 del Proyecto.

Por estos fundamentos y los expresados por el "a quo" (conf. doctr.: Merlin, Répertoire, Verb. Transcription, párr. VI, Nº 5, p. 39; Zachariæ, t. 5, párr. 827, II, III, p. 248, 249; Colmet de Santerre, Cours Analitique de Code Civil, t. 9, potheques Nº 343 a 45, ps. 367/8; Michado, t. 8, ps. 26 y 134), se confirma el auto apelado, con costas. - Jorge " sauzc" Argénens" C. marraquerc" Cúncos" C. Tobal: Amc" inf"rdad" z. Ruzo.

8) J. A., 1958-IV-427 (Boletín XVIII)

REIVINDICACIÓN - Personas que pueden ejercitar la acción - El comprador - El cesionario - Cosas que pueden reivindicarse - Cesión de

créditos - Acción real - Derechos reales - Compraventa - Tradición - Acción oblicua - Dominio.

20.429. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en pleno de la Capital Federal.

1. El comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura translativa de dominio, puede, aun antes de que se le haya hecho tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra el tercer poseedor del bien.

2. En los términos amplios del art. 1444, C.C., que permite la cesión de todos los derechos y acciones sobre una cosa que se encuentra en el comercio —sín más excepciones que las derivadas de las prohibiciones expresas o implícitas de la ley—, está comprendida la acción reivindicatoria, a la que no alcanzan las limitaciones establecidas en los arts. 1445, 1449 y 1450 a 1453. (Argumento del voto del Dr. Cichero, al que adhirieron los demás vocales).

3. Son posibles las acciones reales, en especial la reivindicatoria; a ello no se opone el sistema que exige la tradición de la cosa como medio de adquirir los derechos reales: así lo han entendido los romanistas de todos los tiempos y los comentaristas que han seguido la tradición romana. (Argumento del voto del Dr. Cichero, al que adhirieron los demás vocales).

4. "Acción real" y "derecho real", so son conceptos equivalentes: la primera es, en cierto modo, un derecho de obligación distinto del derecho real que le sirve de base; de ahí que la transmisión de las acciones reales sea independiente de la de los derechos reales, ya que la cesión de una acción real no implica necesariamente la enajenación del derecho real correspondiente, aunque puede tener este alcance. (Del voto del Dr. Cichero, al que adhirieron los demás vocales).

5. El principio según el cual antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real, con ser tan vigoroso en el sistema instituido por el C. C., debe aplicarse sin violentar otros principios en él establecidos, como son los relativos a los efectos de las convenciones así, el cesionario puede requerir el reconocimiento del "jus possidendi" y la entrega de la cosa, aunque nunca la haya poseído personalmente. (Argumento del voto del Dr. Cichero al que adhirieron los demás vocales).

6. Admitida la facultad de reivindicar del cesionario, no se advierten razones fundamentales que obstan al ejercicio de igual facultad por parte del comprador o de cualquier adquirente a quien no se le haya

hecho tradición u objeto del contrato. (Argumento del voto del Dr. Cichero, al que adhirió los demás vocales).

7. Entre la compraventa y la cesión de créditos existen notorias afinidades: la primera importa una cesión de derechos, al obligarse al vendedor a entregar una cosa y a transferir el dominio de ella; y si el enajenante no se reserva ningún derecho sobre la cosa, debe entenderse que se desprende y transmite al comprador todas las acciones que tenía respecto a tal cosa. (Argumento del voto del Dr. Cichero, al que adhirió los demás vocales).

8. El art. 3265, C. C., en cuanto establece que todos los derechos que se transmiten por contrato sólo pasan al adquirente por la tradición, es aplicable a los derechos reales pero no a las acciones reales respectivas, pues éstas pasan al comprador como consecuencia del contrato; ello es así, porque en tanto el derecho real es absoluto y existe frente obligatoria es un derecho relativo que sólo tiene existencia con relación obligatoria es un derecho relativo que sólo tiene existencia con relación al tercero que ha lesionado el derecho real: la transmisión de la acción real es independiente de la enajenación del derecho real. (Argumento del voto del Dr. Cichero, al que adhirió los demás vocales).

9. El comprador de un inmueble a quien se ha otorgado la pertinente escritura de dominio, pero no se le ha hecho la tradición de la cosa, está facultado para ejercer la acción reivindicatoria correspondiente al dueño-vendedor, subrogándose en los derechos de éste. (Argumento del voto del Dr. Cichero, con el que disiente el Dr. Llamblas).

10. Existe independencia funcional entre la transferencia del dominio (que requiere la tradición) y la acción reivindicatoria que se opera en virtud de la mera relación contractual; la transmisión de esa acción, más que implícita, hállase insita por naturaleza en la compraventa, cuya finalidad no es otra que transmitir la propiedad de una cosa. (Argumento del voto del Dr. Flixa, al que adhirió los vocales que le siguieron en vocales que le siguieron en la votación).

11. La acción reivindicatoria es un accesorio del inmueble cuya transmisión intentan realizar las partes del contrato de compraventa, por cuya razón debe entenderse que ella ha sido transmitida por el vendedor al comprador; sería absurdo suponer que el vendedor que ha recibido el precio de la cosa vendida, por el hecho de no haberla entregado, entendiera conservar el dominio, no transmitiendo al comprador sino una acción personal: la intención de las partes será siempre la de transmitir el dominio y todas las acciones que sean necesarias para hacerlo efectivo, sin reserva alguna. (Argumento del voto del Dr. Llamblas, al que adhirió los vocales que le siguieron en la votación).

12. La cesión de la acción reivindicatoria, por efecto del contrato de compraventa del inmueble, resulta corroborado por el art. 1409, C. C., que obliga a la entrega de todos los accesorios de la cosa vendida, entre los que están comprendidos, análogamente, los medios jurídicos enderezados a la defensa del derecho que se transmite. (Argumento del voto del Dr. Llambías, al que adhirieron los demás vocales que le siguieron en la votación).

13. La compraventa de un inmueble, efectuada estando la cosa en poder de un tercero, aunque lleve el nombre de tal, es, en verdad, o se la puede considerar como efectiva cesión de los derechos que el vendedor tiene sobre una cosa que no está bajo su control. (Argumento del voto del Dr. Llambías, al que adhirieron los demás vocales que le siguieron en la votación).

14. Porque en el contrato de compraventa de un inmueble las partes no pueden haber entendido obligar al vendedor a articular acciones judiciales tendientes a recuperar el inmueble de manos de un tercero, ni efectuar un acto estéril, desprovisto de contenido jurídico, por el que el comprador pague un precio sin obtener nada en cambio —ni la cosa poseída por un tercero, ni las acciones judiciales adecuadas para obtener la recuperación de la cosa—, sólo cabe concluir que en tales condiciones los contratantes han entendido efectuar una efectiva cesión de los derechos sobre la cosa, del vendedor a favor del comprador, con lo cual éste queda habilitado para deducir la reivindicación contra el poseedor actual del inmueble. (Argumento del voto del Dr. Llambías al que adhirieron los vocales que le siguieron en la votación).

## LIBROS Y REVISTAS



"Alberdi y su tiempo", por JORGE M. MAYER. Editado por EUDEBA, en

Buenos Aires, 1963.

va Biblioteca de América.

La obra de Mayer es comparable a las clásicas monografías de los historiadores alemanes, que centraban la actividad de enteros períodos de sus vidas, de toda una vida a veces, en la investigación de un aspecto determinado del pasado, relacionándolo, con la humildad de los grandes espíritus, al flujo de los tiempos: reconocían para encontrar, en cambio, la gloria del aporte inapreciable sobre el curso de su estudio, Mayer, sin embargo, evade el estudio de la obra y de la personalidad de Juan Bautista Alberdi para profundizar en las circunstancias temporales y espaciales que condicionaron a ambos. Hay, por lo tanto, un serio intento de explicación del proceso histórico argentino, desde la gran Revolución que dioa ser y destino a la comunidad nacional, hasta la nacionalización de Buenos Aires que creó el eje de la organización nacional. De la honestidad de la intención del autor y de la objetividad con que encara los problemas nos ofrece buen ejemplo su interpretación de la acción Buenos Aires-Interior, eje del proceso de organización. Mayer, de indudable filiación ideológica liberal, no teme señalar la continuidad existente en la política hacia las provincias gobernada por Rosas con la que, después de Caseros, avanza los revolucionarios bonaerenses que, a pesar de su liberalismo, no escapan a

los ímpetus gauderios, de los cuales fueron víctimas Rosas, y que lucharon por conservar a todo evento el monopolio sobre los centros de la cultura porfiria y sobre el puerto de Buenos Aires, monopolio no tan fructífero para ellos como beneficioso para el interior. Con no menor valentía Mayer no vacila, siguiendo a Alberdi en su antropocéntrica americanista, en poner al descubierto los grandes errores del Mitriñano que nos llevaron a la guerra con el Paraguay, una de las peores páginas vergonzosas de nuestra brillante tradición internacional, sin ensayar por ello la temeridad de Francisco Solano López, como hace cierta historiografía puesta al servicio ideológico de la justificación y glorificación de toda dictadura. Mayer hace también revisionismo, a su modo. Así, no deja de señalar algunos de los actos demostrativos de las crecientes relaciones que, por lo general, mantuvo Rosas con los intereses ingleses, como capituló José Matienzo al Parlamento como casta por los honores tributados al gobernante caído, para "demostrar hegemonía a un hombre cuya conducta en su patria había sido siempre muy cordial respecto a los negociantes ingleses" (pág. 462).

Cada una de las obras fundamentales de Alberdi es inteligentemente analizada por el autor, que nos permite así cono-

en su profundidad el pensamiento alberdiano. Paso a paso, desde el "Fragmento preliminar al estudio del derecho", Mayer nos introduce en la obra de Alberdi, definiendo especialmente su gravitación en el quehacer constitutivo de nuestra nación, en cuanto sus ideas se incorporaron —como lo fue de ningún otro publicista— al pensamiento de la generación del 37. Frente a los que culpan a nuestros organizadores, de una sumisión incondicional a los modelos institucionales extranjeros, nada más ilustrativo que las ideas que expone ya Alberdi en el "Fragmento preliminar": "Es ya tiempo de comenzar la conquista de una conciencia nacional... una nación no es una nación, sino por la conciencia profunda y reflexiva de los elementos que la constituyen". No se debían imitar ciegamente las normas adoptadas por otros naciones, "que ninguna analogía han tenido con la nuestra", sino elegir las "instituciones propias a las circunstancias esenciales del ser nacional" (pág. 134). Antes más tarde, cuando caida la tiranía paralizadora del progreso nacional el país todo, inclusive aquel impertinente como compromiso en su apoyo al régimen decretado, se lanzaba a la conquista del futuro, buscando los mejores institucionales adecuados, como bien lo señala Mayer, Alberdi encuentra y difunde la fórmula del engrandecimiento nacional. Su "Bases" tienen un dato que no olvide los intentos semejantes de otros grandes publicistas en la pretensión común de gravitar en la hora de la supremacía decisiva nacional. Ni Sarmiento con su "Argentino", ni Juan Ramón Muñoz con el "Plan de Organización Nacional", ni Juan Liniers con los artículos sobre "El problema constitucional e institucional antes de la organización constitucional para la R. Argentina", ni Matías Fraguas con sus "Cuestiones argentinas", ni Mitre con la "Profecía de It" y la "Poliéctica comercial", trascendieron en la

medida que lo logra Alberdi con "la claridad de las ideas, la exactitud de los juicios, la comprensión íntima del clima, de las dolencias económicas y sociales, tanto veces notadas, que empujaban al progreso del país, y el ofrecimiento de los medios concretos que podían diligar los trances oscuras del colonialismo" (pág. 418). Con qué lucidez señalaba las diferencias entre el federalismo americano y el federalismo argentino: "En los Estados Unidos, los estados particulares, originariamente independientes, habían estado unidos por un proceso paulatino de integración, hasta llegar a la Constitución de 1787. En cambio, en el Río de la Plata, el virreinato formaba originariamente un organismo que había sido desarticulado y fraccionado por las guerras civiles" (pág. 418). Pero además Alberdi comprendió, como ningún otro, que el problema nacional no era fundamentalmente político: "Con un millón de habitantes, en un territorio de docientos mil leguas, no hay nación, por eso el problema de la República, desierto y solitario, debe ser el fin grande y primordial de las instituciones" (pág. 418). Mayer, al analizar "El crimen de la guerra", nos ofrece con fluidos la gigantesca dimensión humana de ese Alberdi que, ya en los albores de la nacionalidad, vuelve sus ojos hacia una Europa que está volviendo sangrando por las heridas abiertas en la guerra franco-prusiana del 70 y hacia una América que, después de la gesta de la Independencia, vivía el contínuo sobresalto de luchas fratricidas sin grandes ni sentido, fresco aún el dolor de la guerra de Secesión de los EE. UU. y de la guerra del Paraguay. El jurista clama por la ley internacional que ponga freno a la insensatez propia de los Estados Nacionales y por el juzgamiento de los responsables, como si fueran criminales comunes. No creía en la abdicación mágica de la guerra, pero no dudaba del leato y eficaz efecto

no de "la educación, la cultura, la propaganda, el mejoramiento económico de las naciones, el desarrollo de la opinión internacional, el desarrollo de las comunicaciones y la "pública religión" (pág. 199). Cada en el derecho y en la obligación de los estados en intervenir y decaer los conflictos bélicos, ya que la humanidad no es ya una suma de sociedades aisladas sino que existe una comunidad internacional, nacida de las relaciones cada vez más estrechas, por los nuevos medios de transporte, la electricidad y el vapor, las ideas y el comercio; "Tarde o temprano tendrá que organizarse una sociedad de las naciones que ejercita la representación de la comunidad internacional, y garantizará la paz, conforme a las reglas del derecho universal. La tarea será larga, como había sido lar-

ga la formación de la doctrina del estado moderno y de sus órganos judiciales; pero esa organización se impondrá". (Pág. 196).

En resumen, estamos ante un trabajo cuya lectura recomendamos a todo aquel que viva inquietado por el destino común, sin amedrentarse por las mil compuestas páginas de la cuidadosa edición de Eudéa, cuyo aferrado quibazo por la cultura nacional merece señalarse una vez más. El aburrimento no suelta al lector en ningún punto del extenso contenido, a mérito de un escritor profundo y ameno, y, sobre todo, porque en cada página cabe pesarnos en contacto con el pensamiento siempre agreste y vivo de Juan Bautista Alberdi.

*Raúl Aragón.*

#### **GUILLELMO CABANELLAS: Repertorio Jurídico. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959, 235 págs.**

Basta ver se unen en un mismo volumen claridad, estudiada y utilidad, cuidadoso tema que se fugan indolablemente en el Repertorio Jurídico del doctor Cabanelas.

Agrupó locuciones, máximas, aforismos latinos y castellanos que son impresionables para los abogados e los estudios jurídicos, ya sean estudiantes o profesores, jueces o abogados, en fin un repertorio práctico para todo jurista.

Creemos que transcribiendo el índice de materias del libro se hace más evidente la eficiencia e importancia del mismo: I) Código Justiniano; II) Digesto; III) Reglas de Derecho; IV) Instrucciones de Justiniano; V) Decretales de Gregorio IX; VI) Reglas de Bonifacio III; VII) Código de las Siete Partidas; VIII) Aforismos clásicos; IX) Aforismos latinos; X) Locuciones latinas; XI) Pensamientos de autores clásicos; XII) Pensamientos de au-

tores andálicos; XIII) Principios jurídicos; XIV) Frases y refranes y XV) Vocabulario jurídico latinos.

Con una finalidad más específica el contenido podrá hallar, sin lugar a dudas, un elemento de gran beneficio tanto para sus temas (especialmente para preparar Derecho Romano o Historia del Derecho) como para su futura labor profesional.

Como mención al meritorio trabajo del doctor Cabanelas, consideramos que el mismo juzga con clara objetividad el valor de su esfuerzo cuando en el ínterim dice: "no es éste un trabajo que pueda destacarse por su originalidad, ya que en él se da una labor de recopilación; si algún mérito tiene, es el de la selección hecha que permite al estudioso y al práctico encontrar elementos que suelen dispersos y que ahora aparecen agrupados en debida forma. La sistemática seguida

y la amplitud del índice alfabético por materias que, al igual, hacen diferente esa expresión de otras similares".

Publicaciones como ésta prestigian la

obra intelectual y jurídica, sagradas a un brillante concepto cultural de su edición.

María E. De Marco Mañé.

"Estudios de Derecho Procesal", de AMILCAR A. MERCADER. Editorial Platina. La Plata, 1964.

La importante contribución del doctor Amilcar A. Mercader a los estudios de Derecho Procesal, ha quedado plasmada, entre otras, en sus obras "Podemos de la Nación y de las Presidencias para instituir normas de Procedimiento" (Buenos Aires E. J. A. 1939) "La Acción: su Naturaleza Dogmática del Orden Jurídico" (Buenos Aires De Palma, 1944), y "Abogado" (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, Europa-América 1960).

En esta oportunidad nos encontramos con una serie de trabajos que el autor ha publicado en distintas épocas y medios de difusión, pero todos ellos contienen una misma particularidad: la de reflejar y precisar los pensamientos del doctor Mercader, expuestos en sus obras anteriores.

Mirada en su conjunto, los "Estudios de Derecho Procesal" constituyen perfectamente con su labor anterior.

Los doctores Augusto Mañé Morello, Lino Enrique Falzón y Santiago Segura Malendo, que psicólogos conjuntamente la obra, han podido decir con razón "El Programa está completo, pero del tronco construido por esta labor mayor, han ido brotando ramas que lo coronaban; este trabajo es la ramazón y ordenamiento de esa frondosidad. En las tres partes que constituyen esta obra está completada toda la vida del proceso; en la segunda (que caso debiera haber sido la primera) se enfrenta con el pronunciamiento de dos man-

tra que lo hacen de todas maneras, quienes, a uno y otro lado de nuestro Río de La Plata, cumplieron la labor de demostrar al mundo de nuestro idioma, y de otros idiomas, que el proceso se veía, se estudiaba aquí con toda su valoración científica. En la primera parte, con sus trabajos sobre la codificación procesal, Mercader pone de manifiesto que aquella mediación concebida en su libro de 1939, se ha continuado y puede ser llevada a la práctica. Pero es la tercera, con su problemática procesal, la que representa más aún que los otros la evolución del pensamiento de Mercader..."

La variedad de los temas que el doctor Mercader, vertida en esta obra, impide, desafortunadamente, dado el carácter de este comentario, un prolijo análisis de los mismos; pero pese a ello se torna indispensable la referencia a algunos que a mi juicio, constituyen hitos dentro de los capítulos respectivos.

La primera parte, dedicada a algunas aspectos de la hipótesis procesal, se inicia con "Acciones y reflexiones sobre el proceso procesal argentino".

Asistimos en estos momentos a profundos esfuerzos de renovación de los lineamientos de nuestro procedimiento, que se traducen en proyectos y en modificaciones parciales de los códigos de procedimientos.

Entre esfuerzos obedecen tanto a una necesidad como a una ansiedad que el autor denota cuando se refiere a "Alma-

ria en la *Imprenta Provincial Bonaerense*... "Porque en América nace como en otros continentes, la ansiedad más actualizada del hombre es la de que las nuevas circunstancias que ha creado con su progreso y con su afán de evadirse de la tiranía de la naturaleza, no lo pongan en el caso de caer en la dictadura de sus instituciones, según la aguda sentencia de Aldous Huxley".

... En cuanto a las leyes procesales, por mucho que las asimilemos como valores como experiencia, —sumada la propia y la ajena— y por grande que igualmente sea el caudal de teorías e instituciones recibidas de otros países, lo cierto es que en la actividad funcional de su desenvolvimiento, además de existir serenos inevitables, también existe impaciencia para superarlos.

Cito que esta impaciencia —que el doctor Macedo señala, es producto de la necesidad— no puede quedar al margen de una acción de política jurídica que implique la renovación orgánica de nuestro desenvolvimiento procesal.

No podría existir una política jurídica seria, si a la par que provisiones para el futuro, no tiene su base en la experiencia de nuestro pasado jurídico e inmediato.

Y en este orden de ideas, "Los estudios y reflexiones sobre el sistema procesal argentino", que es agente fundamental.

El trabajo siguiente: "La Reforma Procesal en Buenos Aires", responde a idéntica esfera.

Después de un profundo análisis de "El proyecto de Código de Procedimientos Civil de Eduardo J. Costare", el autor cierra la primera parte de la obra con el

citado de la "Unificación de la Legislación Procesal en la Argentina" que publicará en la revista "Criminalista" Méjico, D. F. en Agosto de 1940, cuya conclusión; "El Mundo del Proceso Judicial no tiene porque ser un mundo apartado y distinto del de las demás relaciones jurídicas y que, en su consecuencia nada obsta para que la ley de los procesos judiciales tenga que ser concebida como instrumento normativo total o parcialmente exógeno y desajustado de los valores de reglas que integran el ordenamiento y la unidad política de cada nación", puede servir de fundamento a toda meditación profunda de derecho procesal.

La segunda parte está destinada a señalar el "Futurismo Procesal", a través de tres de sus mínimos exponentes: Hugo Albino, Eduardo J. Costare y Piero Calamandrei.

Del primero en "Datos y reflexiones sobre la situación y evolución de Hugo Albino", después de haber en ciertos entornos de la especulación procesal, se analiza no solamente su ubicación en ella sino la importancia de su producción, destacando: "El Tratado de Derecho Procesal..." que califica como "su obra" por antonomasia.

Del segundo, en: "El Futurismo Jurídico de Eduardo J. Costare" señala un examen de su obra, período de estudios recientes, calificando a Costare, además de maestro y jurista, como un signo de la conciencia más hondamente efectiva de América.

Y finalmente la referencia a Piero Calamandrei es estrechamente ligada al comentario de "El Régimen de los Jueces", obra por la cual el doctor Amílcar A. Macedo, condensa su saber y constante entusiasmo, porque se en ella "...en

építome oportuna de los sistemas principia-  
les corrientes del hombre sobre de su condi-  
ción y de su destino, como por otro  
hombre dispuesto a someterse a sus sen-  
tencias por medios indirectos, amables y  
propios de su fino ingenio".

En la tercera parte del volumen: "Pre-  
fación personal", analiza el doctor  
Mazzoni la conjunción y la variedad de su  
pensamiento jurídico.

A través de cada uno de sus capítulos,  
dice: "Naturaleza y límites de la jus-  
tificación jurídica" hasta, "Sobre la me-  
todología jurídica del concepto *ius*", va  
marcando pausado el quehacer científico en  
la materia.

La pluma del autor refleja una concep-  
ción profunda, una concienzuda, am-  
pliado del tema y una exposición clara de  
él.

Quien haya sentido o sienta alguna in-  
quietud por los estudios de derecho per-  
sonal podrá reconocer el valor de esta obra,  
se si bien constituye una recopilación de  
la labor anterior del autor, sobre te-  
mas diversos, posee una unidad concep-  
tual que la convierten en instrumento más  
de análisis para el estudio y en necesaria  
obra de consulta para todo aquel que  
necesite claridad, del proceso su carga  
de interpretaciones equivocadas.

Santiago Puigrosch.

### "La Reforma de 1860". Por CARLOS HERAS. La Plata, 1963.

No importa afirmar un concepto novedoso  
decir, incluso entonces períodos de la  
historia institucional argentina poco  
estudiados y que no han sufrido la pro-  
fundización documental e interpretativa  
suficiente. En una nota anterior ("Lec-  
ciones y Ensayos" N° 36, sección Libros  
y Revistas) mencionamos brevemente este  
fenómeno intelectual, cuyos orígenes  
creemos encontrar en la escasa disposición  
a la investigación metodológica y la com-  
pleta exhaustiva de las fuentes escritas  
por parte de quienes se ocupan de estos  
períodos. Por otra parte, adelantamos un  
reproche enajenado en las distintas corrien-  
tes epistémicas por las opiniones anteriores  
y especialmente por el *magister alius*  
pronunciado por algún autor prestigioso.

Esta afirmación se encuentra especial-  
mente en el período comprendido entre la  
caída posterior del oligarcato confederalista  
(hecho Rosas) y la organización defi-  
nitiva en 1860 de un sistema fede-  
rativo nacional. Y ello agravado por la

complejidad de los hechos que determi-  
naban los hechos políticos y por la posición  
polémica que ocupaban (lo que, paradójica-  
mente, parecen ser susceptibles de con-  
vertirse en banderas que aún en nuestra  
época pueden agitar como medio inter-  
pretativo de la diploética realidad argen-  
tina).

El tema de la Reforma que en 1860  
culminó la Constitución de la Confederación  
Argentina de 1853 es uno de esos temas  
en que se entrecruzan las aspiraciones eco-  
nómicas y políticas de varios estados con  
problemas específicamente jurídicos dedi-  
cados a lograr la uniformidad de derecho  
en una nación en formación. Solamente  
podemos mencionar sobre el tema algunos  
fragmentarios obras de Sixto Vicensini,  
Juan Carlos Böhler, José Luis Lanzarini,  
Teodoro Grandi y el esquemático capítulo  
aparecido en el tomo 8 de la "Historia de  
la Nación Argentina".

Justamente para Titus ese artículo nació  
en la bibliografía documental y la histo-

siografía crítica, la Comisión Provincial de Homenaje a la Jura de la Constitución convocó al Instituto de Historia Argentina "Ricardo Levene" de la Facultad de Humanidades de La Plata, una publicación en la que agruparía todo el material referente al mismo proceso con que culminó la unión de los estados sudamericanos. Y la tarea cayó sobre su director, el Dr. Carlos Herra, designación sumamente plausible, pues el mencionado profesor es, desde hace tres décadas, el estudioso que más profundamente ha investigado el delicado período comprendido entre 1852 y 1860, sobre el que ha publicado numerosos trabajos monográficos que marcaron una orientación decidida en la dilucidación de los lagunas históricas que se encontraban.

Como la documentación referente al momento de la unificación se encontraba dispersa (lo que dificultaba enormemente el estudio coherente), Herra compiló una gran cantidad de material léxico e inédito y publicó los debates, textos legales, una selección de documentos oficiales y correspondencia y privada y numerosas piezas que facilitan la comprensión de aquellos acontecimientos que se encontraban más allá de la crónica corriente. Como el mismo me expresara, no lo guió "la finalidad de hacer una recopilación maniva, sino elegir lo fundamental, para que en un solo volumen se moviese a la vista el material correspondiente a todo el proceso de la Reforma". Ese propósito no quedó en buenas intenciones sino que logró feliz concreción intelectual. La sección documental de la obra es dispuesta cronológicamente y por partes, lo que permite una visión clara de la evolución política y doctrinal de quienes tuvieron un papel

importante en ella. Se divide sucesivamente en (I) *Proceso de Unión del 11 de noviembre de 1852*; (II) *Convención del estado de Buenos Aires*; (III) *Convención de Unión del 6 de junio de 1860*; (IV) *Convención Nacional ad-hoc*; (V) *Jura de la Constitución Argentina*.

Mención aparte merece la importante introducción, fruto logrado de una serena colaboración intelectual entre Herra y Carlos F. García. En estos prolegómenos históricos se sigue en capítulos las secciones de la parte documental, feliz idea que permite una complementación adecuada de la explosión histórica con la revelación textual. El estudio es sumamente objetivo y por demás conciso. Nos hubiera gustado, sin embargo, una atención más extensa de aquellos aspectos políticos que parecen definir a los llamados "provincios" (1815-1860) como verdaderos estados, inspección minuciosamente jurídica que permite distinguir en etapas distintas el proceso argentino: Pacto de 1851 (Confederación) y acuerdo de 1852 (Federación), de donde parecería desprenderse el derecho de Buenos Aires a ocupar o rechazar la unión.

En síntesis, un magnífico aporte documental y crítico (a los que nos dice acostumbrado su autor) que llena un vacío sensible de nuestra historiografía y esta fase, un acierto, no es aquí un rigidez que posemos por inerxia sino una clara utilidad. Esperamos sinceramente que esa masa documental impulse estudios más científicos y despaionados sobre este período que todavía reclama una obra definitiva.

Jorge Luis Campolossi

Imprenta  
MARCOS VICTOR DURANDE . Impresor  
Eivadela 1159 - Buenos Aires  
Diciembre 28 de 1964



*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