

# lecciones Y ENSAYOS

30



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

Respecto a la publicación de la REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES, como un elemento de trabajo para los miembros de estudio, profesores, abogados, magistrados, argentinos y extranjeros, quedaba sin realizarse esa vinculación respecto a la labor escrita del profesor y el alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se conocieran entre sí y tengan una tribuna donde expresaran en el ámbito jurídico, desde lo concreto con el mundo y el tiempo de sus profesores.

Por otra parte, sin ignorar la brillante y fecunda existencia de la Revista del Centro de Estudiantes, queremos que la Facultad concorra mediante una publicación periódica a completar las múltiples inquietudes y necesidades de nuestro estudiantado, a situarse, como tribuna a la experiencia de quienes no quieren que su paso por la Facultad sea un momento estéril y recibir solamente, marcado sólo por sus propios problemas.

Entre 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, facilitándose la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abriendoles el tratamiento adecuado de cubrir gustos.

LECCIONES Y ENSAYOS es un medio de los alumnos —auténticos líderes de todos los alumnos—, dirigidos y escritos en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitaria argentina.

Ignacio Winkler  
(LECCIONES Y ENSAYOS, N° 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Marco Aurelio Rinaldi

VICEDECANO

Dr. Israel Basaldúa (h.)

CONSEJO DIRECTIVO

*Profesores*

Consejeros titulares: Dr. Segundo V. Linares Quintana, Dr. Julio Dassen,  
Dr. Miguel Maizenhoff, 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. Ortolangi, Dr. Omar Lima Quintana y Dr. Juan Carlos Loqui.

*Egresados*

Consejeros titulares: Dr. Enrique Bacigalupo, Dr. Marcelo A. Louza,  
Dr. Horacio R. Vega, Dr. Antonio Domingo Varela.

Consejeros suplentes: Dr. Andrés A. López Acosta, Dra. Judith Ana Cordini,  
Dr. Felipe S. Pérez Dellepiane.

*Estudiantes*

Consejeros titulares: Sr. Jorge Horacio Tena, Sr. Hugo Daniel Lapilover,  
Sr. Gerardo Raúl Tarascio, Sr. Martín Dedeu.

Consejeros suplentes: Sr. David Eidelman, Sr. Juan Mario Gersencobin,  
Sr. José Alberto Bellingieri.

# LECCIONES Y ENSAYOS

1965

Nº 30

## ESTUDIOS

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO: Los Vicios del Consentimiento Matrimonial .....	7
JOSE F. BIDAU: Impugnación del reconocimiento del hijo matrimonial en el Derecho Argentino .....	27
EDMUNDO GATTI: Derechos reales de garantía en el Código .....	55
JUAN CARLOS LUQUI: El dictamen jurídico .....	47
EDUARDO A. ZORRAQUIN: Régimen Arbitral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y el Tribunal de Arbitraje General .....	61

## ENSAYOS

LILIA N. GERMANO BREGLIANO: Lo Comencioso-Administrativo .....	73
GUILLERMO PATRICIO MARTIN: Teoría general del acto inexistente. <i>Hacia el reconocimiento de la coexistencia en nuestro Derecho Civil</i> ...	115

## TEXTOS

Legislación sobre el nombre .....	131
Reconocimiento de hijos extramatrimoniales: Decreto-Ley 8204 de 1963 .....	152

## LIBROS Y REVISTAS

Notas de Ricardo Balestra, Carlos Alberto D'Alejandro y Tulio Eduardo Ortiz .....	156
---	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

*Doctor Ignacio Fiestas*

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

*Directora:* Beatriz Alicia Arcia

*Subdirectora:* Elena M. Campanella

*Secretario de Redacción*

Jorge Manuel Reimiser

*Secretarios Adjuntos:* Lilia Germano Bregliano y Pedro Pereyra Cernadas

*Redactores:* Guillermo F. Martín, Elisa Díaz de Vivar, Felisa R. de Giral, Emilio Oswald, Manuel T. Río, Carlos A. Franzoni, Tallo Eduardo Ortíz, Sergio R. Alvarado.

*Secretario Coordinador:* Mario R. De Marco Nade

## ESTUDIOS





## LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL.

Por AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO

(Profesor adjunto honorario de Derecho Civil V)

### I. Generalidades

1. *Disposiciones aplicables.*— Establece el art. 16 de la ley de matrimonio civil que "la violencia, el dolo y el error sobre la identidad del individuo físico o de persona civil vician el consentimiento". Viene así la ley de matrimonio a hacer aplicación, para este típico acto jurídico familiar, de la doctrina de los vicios de la voluntad que, como motivos de invalidez de los actos jurídicos en general había establecido el Código Civil en el libro segundo, sección segunda, que legisla acerca de los actos jurídicos en general.

De ahí que en principio sean aplicables a los vicios del consentimiento de los actos jurídicos en general, pero la naturaleza especial del acto tenido en vista impone dos órdenes de limitaciones:

a) aquellas que resultan de la ley misma; así, en cuanto al error, que queda limitado a los casos expresamente previstos en el art. 16;

b) aquellas que resultan de la naturaleza del matrimonio, de la cual emerge la inaplicabilidad de disposiciones que carezcan de sentido en cuanto a él, especialmente algunas relacionadas con los efectos patrimoniales de los actos jurídicos en general.

2. *La crítica de la teoría de los vicios del consentimiento.*— En nuestro medio, la teoría de los vicios del consentimiento ha sido objeto de la crítica de Borda, quien la considera falsa y señala que no se dan en el matrimonio los requisitos que la teoría psicológica del consentimiento exige para que éste sea válido: discernimiento, intención y libertad. El discernimiento no sería requisito del matrimonio válido, pues la ley admite su celebración sin límite de edad cuando la mujer ha quedado encinta o ha sido víctima de alguno de los delitos previstos por el art. 132 del Código Penal. Sostiene por otra parte que la falta de libertad en el matrimonio es, más que frecuente, normal, y sólo llega a considerarse desahucio la falta de libertad cuando los consentidos han perdido su libertad y claridad de juicio por estar profundamente enamorados.

Cualesquiera sean los reparos que puedan oponerse a la llamada teoría psicológica clásica del consentimiento, lo cierto es que existe la posibilidad concreta de que éste se halle afectado por las circunstancias que la ley deter-

mina como vicios de él, y que las situaciones en que éstos se dan resultan sin lugar a dudas mercedoras de protección legal. En consecuencia, la crítica formulada queda relegada a un plano puramente teórico y resulta ineficaz para modificar las soluciones prácticas consagradas por la ley, que si algún reparo merecieren sería resultado de otras consideraciones —en especial la deficiente solución dada con relación al vicio de error— mas no de consideraciones referentes al fundamento teórico de la doctrina que la funda. Puede afirmarse, como lo hace Orgaz, que en los casos contemplados en la ley existe interés social en no manosear por la fuerza una unión mal constituida o que aparece desde su comienzo como fracasada.

## II. Violencia

3. *Disposiciones aplicables.* — En materia de violencia, resultan aplicables los principios generales establecidos a su respecto en el Código Civil. Así, debe distinguirse la violencia física de la moral.

4. *Violencia física.* — Violencia física es la "fuerza irresistible" ejercida sobre uno o ambos contrayentes para obtener la celebración del acto (art. 936 del Cód. Civil). Si es difícil que ella pueda ocurrir con relación a los actos jurídicos en general —solamente se conciben ejemplos parámetros de escuela, como el clásico de aquél a quien se hace firmar (llevándosele la mano— la solemnidades de que el acto de celebración del matrimonio esal reverseido hacen aún más difícil que pueda configurarse, pues supondría el ejercicio a la vez de la violencia sobre el oficial público —que debería negarse a autorizar el matrimonio en presencia de actos forzosamente notorios como los que configurarían esta situación— o bien que ella fuese ejercida por el propio oficial.

5. *Violencia moral.* — En cambio, más posibilidad de juego existiría con relación a la violencia moral o intimidación, que existe "cuando se impone a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos". (Art. 937 del Cód. Civil). Por consiguiente, "no hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se reduce a poner en ejercicio sus derechos propios" (art. 939 del Cód. Civil).

Debe tenerse en cuenta también la situación subjetiva de quien habría sufrido las amenazas, conforme con el art. 938 del Código, que establece que "la intimidación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, habiudes o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión".

Por aplicación de estos preceptos, se ha resuelto que no hay violencia cuando se contrae matrimonio para evitar las consecuencias penales de la violación;<sup>2</sup> en tal caso, aunque hubiese amenazas de ejercer la acción penal,

<sup>2</sup> Cán. Civ. 2<sup>a</sup>, 16-7-43, La Ley 39-364, Jus. Arg. 943-III-779.

la amenaza no sería injusta, conforme con el art. 939. Tampoco la hay en el mero temor de la mujer inmigrante de verse obligada a regresar al país de origen si no contraía el matrimonio concernido previamente para poder ingresar en el país.<sup>3</sup>

6. *Violencia de un tercero.* — Con relación a ambos tipos de violencia, es de aplicación el art. 941 del Código, que asigna iguales efectos que a la ejercida por una parte sobre la otra a la empleada por un tercero que no interviene en el acto. De tal modo, la violencia que debe tenerse en cuenta en el matrimonio es tanto la proveniente del cónyuge como la de un tercero.

Lo mismo ocurre con los arts. 942 y 943, que hacen responsable al tercero de la indemnización de los daños ocasionados para la parte violentada —solidariamente con la otra parte, cuando ésta es subidora de la violencia, y sólo por el tercero cuando no ocurre así— pues si la ley reconoce expresamente la acción de daños y perjuicios en los casos de nulidad del matrimonio por existencia de impedimentos (arts. 91 y 109 de la ley de matrimonio) no existe óbáculo para su aplicación cuando la nulidad proviene de la existencia de vicios del consentimiento. En tal caso, aunque no hay previsión expresa de la acción en las disposiciones especiales relativas al matrimonio, las de los actos jurídicos en general son aplicables por falta de incompatibilidad con aquéllas.

7. *Temor reverencial.* — En cuanto al temor reverencial, del mismo modo que no tiene efectos en los actos jurídicos en general, tampoco los tiene en cuanto al matrimonio (art. 940 del Cód. Civil).<sup>4</sup> Pero no debe por eso excluirse la posibilidad de que la violencia sea ejercida por el ascendiente sobre el descendiente, el tutor sobre el pupilo o el superior sobre el subordinado, y en tal caso debe ser tenida en cuenta. Lo que la ley deja de lado es el temor que deriva de la sola existencia de tal tipo de vinculación, situación subjetiva de quien lo sufre, pero no el ocasionado por actos comprendidos en las situaciones de violencia previstas, que nada impide que sea ejercida por las mismas personas con respecto a las cuales podría existir el temor reverencial. Aún más, la vinculación de ese carácter puede dar lugar a una menor exactitud en la apreciación de la existencia de la intimidación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 938 del Código.

La doctrina canónica difiere de la ley civil en este punto, pues admite el miedo reverencial como un tipo de violencia moral. Entiende por miedo reverencial el causado por la autoridad de aquél a quien alguien se halla sometido y debe honor y reverencia, producido por el mal que sobrevendría en caso de desobediencia. Es el llamado miedo relativamente grave, porque lo es para una persona determinada y no lo sería para otras.

<sup>3</sup> Cím. Civ. 2<sup>o</sup>, 35-6-43, La Ley 39-356.

<sup>4</sup> Cím. Civ. 2<sup>o</sup>, 24-8-43, La Ley 40-187.

8. *Rapto*. — En el derecho romano antiguo el rapto, si bien era delito sujeto a pena capital, no impedía la validez del matrimonio. El derecho Justiniano, en cambio, lo consideró, además de un delito, un impedimento dirimente perpetuo para el matrimonio entre el raptor y la raptada.\*

En el derecho germánico, si bien también era considerado un delito, una vez pagada la composición pecuniaria que correspondía, nada obstaba a la celebración de matrimonio válido entre raptor y raptada.

En el derecho canónico es impedimento dirimente, pero temporal. Cesa una vez que la raptada se halla fuera del poder del raptor y en lugar seguro. Comprende, además del rapto propiamente dicho, la retención violenta de la mujer (canon 1074).

En el derecho comparado, contemplan el rapto como impedimento dirimente los códigos brasileño, español y mejicano; en el alemán, constituye una forma de amenaza ilegal.

En nuestra ley no está contemplado por sí solo, pero podría constituir una forma de violencia.

9. *Seducción*. — El derecho canónico contempla también el llamado rapto de seducción —a diferencia del rapto propiamente dicho, o rapto de violencia— que consiste en el que se hace con una mujer menor de edad, con consentimiento de ella pero ignorándolo u oponiéndose los padres o tutores. Si bien es delito, no es impedimento matrimonial ni causa de nulidad (canon 2353).

En el antiguo derecho francés, la jurisprudencia extendió al rapto de seducción las soluciones referentes al rapto de violencia, creando así un impedimento dirimente para el matrimonio de menores de edad celebrado sin el consentimiento paterno. Se tendía de tal manera a solucionar la situación dada por aplicación del derecho canónico, en el cual la falta de consentimiento paterno no es causa de nulidad. La disposición no pasó al Código Napoleón, pero debe tenerse en cuenta que en éste —a diferencia del derecho canónico y el nuestro— la falta de consentimiento paterno es causa de nulidad del matrimonio (art. 182).

En nuestro derecho, la seducción no es por sí sola causa de nulidad, pero podría llegar a serlo si reuniere los caracteres del dolo.

### III. Error

10. *Derecho canónico*. — En derecho canónico se distingue el error de hecho y el de derecho, y dentro del primero el error sobre la persona y el error sobre las cualidades de la persona.

\* Cód., l.<sup>o</sup> 9, tit. 13, ley única; Nov. 123, cap. 43.

El error sobre la persona ("error personarum") es motivo de invalidez del matrimonio (canon 1083, § 1). Consiste en el error sobre la identidad física de la persona, es decir, el caso de quien intenta casarse con determinada persona y lo hace con otra, supuesto tomado del caso bíblico de Jacob, que cayó con Lia en lugar de hacerlo con Raquel.

El error sobre las cualidades de la persona ("error qualitatis"), en cambio, no es —en principio— motivo de invalidez. Pero tal principio reconoce dos excepciones:

a) El error sobre las cualidades que redundan en error sobre la persona ("error qualitatis in personam redundans"), que se produce cuando ha existido intención de contraer matrimonio con la persona que revistiera determinada calidad individual que no le pertenece más que a ella. De tal situación, los canonistas dan como ejemplos el matrimonio consumado con el príncipe heredero de un estado, que luego resulta no serlo, el primogénito de una familia, que en realidad es el segundo o ulterior hijo, el más eminente matemático de una escuela, que luego resulta ser un fraude, o el héroe de una naufragio o incendio o el vencedor de una batalla. Es un supuesto que difícilmente acontece, pues el matrimonio se contrae ordinariamente en consideración a la persona del otro contratante y no a sus cualidades, aunque se trate de una cualidad única que lo distinga de toda otra persona.

b) El error sobre la condición del otro contratante ("error conditionis"), que tiene lugar cuando se contrae matrimonio con un esclavo creyéndolo libre (canon 1083, § 2). Este supuesto ha perdido aplicación práctica ante la desaparición de la esclavitud.

De tal modo, queda excluido todo otro error sobre cualidades del otro contratante, por sustanciales que ellas fueran, como los casos en que se contrae matrimonio con un enfermo creyéndolo sano, con una prostituta creyéndola mujer virtuosa, con un delincuente creyéndolo honrado, con un plebeyo creyéndolo noble, o con un pobre creyéndolo rico ("error fortunae"), etc.

En cuanto al error de derecho, contempla el derecho canónico la ignorancia de la esencia y fines del matrimonio, que se produce cuando los contratantes ignoran que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para engendrar hijos, ignorancia ésta que no se presume después de la pubertad (canon 1082). Pero no basta el error acerca de la unidad, indisolubilidad o dignidad sacramental del matrimonio (canon 1084) ni la certeza u opinión de que el matrimonio consumado va a ser nulo (canon 1085).

11. *Derecho francés.* — En el antiguo derecho francés se conocía la distinción canónica entre el error en la persona y el error en las cualidades de la persona, distinción que fue expuesta por Pothier, quien únicamente aceptaba el primero como vicio del consentimiento en el matrimonio.

El Código Napoleón parece haberse inclinado por esa tesis, pues en su art. 180 solamente prevé el error en la persona. Sin embargo, sus intérpretes están divididos. Mientras unos consideran que sólo comprende el error acerca de la individualidad física (Zacharias, Laurent), otros estiman comprendido también el error sobre la individualidad civil, que esa vez dada por el nombre y las demás cualidades sociales que determinan a una persona como la pertenencia a determinada familia (Aubry y Rau, Baudry-Lacanciniere y la generalidad de la doctrina clásica); tal supuesto era denominado por Napoleón "error en la familia". Por último, otros autores y en especial la doctrina moderna, se inclinan por la opinión de que deben ser tenidas en cuenta no sólo las cualidades de la persona referentes al estado y la familia, sino también las cualidades morales o cualidades sustanciales de la persona; tratase de errores más graves que el error en la familia y su determinación sería una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial (Joussand, Colin y Capitant, Planiol, etc.).

La Corte de Casación tuvo oportunidad de decidir la cuestión en fallo dictado el 24 de abril de 1862.<sup>2</sup> Se había planteado la nulidad del matrimonio sobre la base de que la mujer se había casado sin saberlo con un ex-presidiario, que había sido condenado a 15 años de trabajos forzados por complicidad en un asesinato. La Corte decidió que sólo podía tenerse en cuenta el error sobre la identidad física o civil de la persona, de modo que el caso no estaba encuadrado en la previsión legal. Consideró que si bien la nulidad no debía restringirse al caso de error derivado de la sustitución fraudulenta de una persona por otra, solamente podría considerarse el caso en que uno de los esposos se haya hecho aceptar presentándose como miembro de una familia que no es la suya y se haya atribuido las condiciones de origen y filiación que pertenecen a otro; mas no el error sobre las condiciones y cualidades de la persona, por más deseado que el otro cónyuge pudiera haber sufrido.

A pesar de tal decisión, posteriormente otros tribunales inferiores desconocieron esta doctrina, al admitir casos de errores sobre cualidades sustanciales. Tuvose así en cuenta el error sobre la nacionalidad en casos en que, durante la primera guerra mundial, mujeres francesas contrajeron matrimonio con alemanes creyéndolos alemanes o lozaneses; para llegar a tal solución se tomó en consideración la situación a que la mujer quedaba sometida como consecuencia de tales matrimonios, pues perdía su nacionalidad francesa para adquirir la de su marido, lo que la sometía a las restricciones impuestas durante la guerra a los nacionales de países enemigos. También se admitió el error sobre el estado civil, en caso en que una mujer contrajo matrimonio con un divorciado y padre de un hijo, creyéndolo soltero. Tales supuestos no son propiamente de error sobre la identidad civil, mas por su semejanza pudieron ser asimilados. Sin embargo, se ha ido aún más lejos, pues también es admitido la nulidad por el error de creer que el concu-

<sup>2</sup> Dalles 1862-1-113.

yente no estaba ligado por un matrimonio religioso anterior, cuando en realidad lo estaba, y por haber sido detenido el contrayente inmediatamente después de la ceremonia en razón de estar acusado de un delito. La doctrina moderna aprueba estas soluciones excepcionales.

12. *Otras relaciones legislativas.* — Las soluciones de la legislación comparada oscilan entre la restricción y la amplitud de los casos de error.

Está restringido al error sobre la identidad de la persona en los códigos español, italiano, mejicano y venezolano. El código italiano de 1865 aludía al error en la persona (art. 103). La doctrina y la jurisprudencia se habían inclinado por reconocer que estaba comprendido el error sobre las cualidades sustanciales de la persona, pero esta tesis halló resistencia en la Corte de Casación; este tribunal llegó a admitir, sin embargo, que el error del art. 103 se refería también a las cualidades esencialmente inherentes a la persona, entendida no únicamente en sus atributos físicos sino también en los civiles y sociales, siempre que esa inherencia fuera tal que hiciera de esa misma persona una individualidad distinta de las otras, en forma que su defecto importase casi la transformación de la personalidad.<sup>8</sup> El código de 1942 (art. 122) adoptó un texto similar al canónico, al aceptar sólo el error sobre las cualidades de la persona que se resuelve en error sobre la identidad de la persona.

Otras legislaciones establecen fórmulas generales de gran amplitud. Así el código alemán (art. 1333) y la ley alemana de matrimonio vigente actualmente (arts. 31 y 32) contemplan el error sobre la identidad de la persona o sobre cualidades personales que, conocidas antes de la celebración y apreciando razonablemente la esencia del matrimonio, habrían disuadido al otro cónyuge de celebrarlo. El código suizo (art. 124) comprende el error sobre la identidad de la persona y el que versa sobre cualidades tan esenciales de ella que en su ausencia no pueda exigirse razonablemente el mantenimiento de la vida en común.

Finalmente, otras legislaciones hacen enumeración de los casos de error que pueden ser computados. Así, el código brasileño contempla el error esencial (art. 218) y enumera los casos que deben considerarse de error esencial, que son los siguientes: 1) el error sobre la identidad del otro cónyuge, su honor y buena fama, siempre que este error fuera de tal naturaleza que, después de ser conocido, haga insoportable la vida en común; 2) la ignorancia de crímenes inafianzable cometido por el otro contrayente antes del matrimonio y definitivamente juzgado por sentencia condenatoria; 3) la ignorancia anterior al matrimonio de defecto físico irremediable o de enfermedad grave y transmisible por contagio o herencia, susceptible de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de su descendencia; 4) el desfloramiento de la mujer, ignorado por el marido (art. 219). El código peruano establece que el error puede versar sobre la identidad del otro contrayente o consistir

<sup>8</sup> Fallo del 5-12-1931, *Giurisprudenzia italiana*, 1932-1-1-61.

en la ignorancia de algún defecto sustancial del mismo que haga insostenible la vida en común; se entiende por defecto sustancial la vida económicamente deshonrosa, el haber sido condenado por delito a más de 2 años de penitenciaría, relegación o prisión, y la enfermedad incurable, transmisible por contagio o herencia, como también cualquier vicio que constituya un peligro para la prole (art. 147).

El error de derecho está contemplado en la legislación alemana (art. 1332 del código y art. 31 de la ley de matrimonio) y en el código suizo (art. 124), en los casos en que la intención no ha sido la de contraer matrimonio.

13. *Proyecto argentino de reforma.* — El Anteproyecto de Biliboni establece una fórmula general similar a las de la legislación germánica. Contemplaba el error sobre la persona o sobre las cualidades personales del otro cónyuge de tal naturaleza que no se habría contraído el matrimonio si se hubiese conocido el estado de las cosas y apreciado razonablemente la unión que se contraía.

En cambio, el Proyecto de 1936 adopta una enunciación similar a la del código brasileño. Expresa que el error o la ignorancia sólo puede referirse: 1) a la identidad del otro cónyuge, a su honra y buena fama, cuando fuere de tal naturaleza que el conocimiento ulterior impidiese continuar la vida en común; 2) al hecho de haber cometido el cónyuge un delito, juzgado por sentencia firme y condenatoria, cuando el conocimiento de ello colocare al otro en el supuesto de no poder continuar la vida en común; 3) a la existencia de un defecto físico irreparable, o enfermedad grave, contagiosa o hereditaria, susceptible de poner en riesgo la salud del otro esposo o de los hijos (art. 390).

14. *Interpretación del texto argentino.* — El art. 16 de la ley de matrimonio civil contempla el error sobre la identidad del individuo físico o de la persona civil. Tal fórmula fue adoptada en el Senado, pues el proyecto del Poder Ejecutivo studia al "error sobre la persona".

Ningún inconveniente existe en la interpretación del primer caso, error sobre la identidad del individuo físico: es el error sobre la persona en su interpretación más restrictiva. Es un supuesto poco menos que imposible de darse en la práctica, pero su posibilidad se concibe en caso de matrimonio por poder, en que el mandante lo contraiga con un homónimo de la persona con quien quería casarse el poderdante, o de ceguera de uno de los contrayentes y sustitución del otro. Los repertorios de jurisprudencia no registran ningún caso de error sobre la identidad del individuo físico; pero se cita uno ocurrido en Suecia: Un sueco residente en Estados Unidos mantuvo correspondencia con una compatriota residente en su país natal, le ofreció matrimonio y se dirigió a su país para escuchar su decisión; la carta en que tal ofrecimiento hizo fue entregada a una homónima, la que lo esperó y celebró el matrimonio con él. Luego el contrayente advirtió el error de



no haberse casado con la mujer con quien había sostenido la correspondencia. Había error sobre la identidad de la persona física, sin dolo.<sup>7</sup>

Lo que ofrece dificultades es determinar el alcance de la expresión "identidad de la persona civil". A este respecto, se dan tres soluciones:

a) La más amplia es la sostenida por Spota, que entiende comprendidos todos los casos de error sobre las cualidades sustanciales de la persona. Funda su opinión en la mayor importancia que como motivos determinantes del consentimiento revisten algunas de tales cualidades frente al nombre, el vínculo de filiación y el estado civil, y en el hecho de haberse aceptado en la ley el dolo como vicio del consentimiento; este último es, para él, el argumento decisivo.<sup>8</sup>

b) Otros autores, como Frías, sostienen una interpretación muy restrictiva, pues exigen que exista una distinta personalidad civil, es decir, que el error debe recaer sobre el conjunto de los elementos o atributos que individualizan a la persona en la vida civil.

c) Finalmente, se afirma que el error puede recaer sobre sólo alguno de esos elementos o atributos. Así, Llerena atendía al estado civil, y Lafaille a él y a la situación de familia.

La tesis de Spota debe ser desechada. Si bien es verdad que el error acerca de determinadas cualidades de la persona puede recaer mayor grado que el relativo a la personalidad civil, lo cierto es que la ley ha limitado la aplicación del vicio a este supuesto y semejante interpretación extensiva es contraria al tenor legal. Por lo que hace a la admisión del dolo, nada obsta y, es además lógico, que en caso de existir dolo la ley haya sido menos exigente y pueda contemplar supuestos de error que no vicierían el consentimiento si derivase de la situación subjetiva de error que padecía un contrayente pero sí cuando se originan en acciones u omisiones dolosas del otro.

La interpretación correcta debe partir de la base de que la ley adoptó la fórmula que al tiempo de su sanción regía en la jurisprudencia francesa, según el antes recordado fallo de 1862. Precisamente el proyecto del Poder Ejecutivo contenía disposición similar a la del Código Napoleón y en el Senado se la modificó para introducir un tenor concordante con la jurisprudencia de la Casación francesa. Las enseñanzas de Aubry y Rau y de la doctrina clásica francesa eran ya bien conocidas en la sanción de la ley de matrimonio civil; por consiguiente, la intención de los legisladores no puede haber sido otra que la de eliminar la dificultad interpretativa mediante la adopción de la solución consagrada en la jurisprudencia francesa.

<sup>7</sup> Citado por Maffía, en "Dolo y error en materia matrimonial", La Ley 108-1123

<sup>8</sup> Spota: "Tratado de Derecho Civil", t. II, vol. 1, Nº 63 y t. I, vol. 3-4; nos. 1481-1512.

Sin embargo, actualmente la interpretación no debe ser exactamente la misma que la de la Corte de Casación de 1862, que ya ha sido superada en su propio país. Por un lado, debe excluirse el error sobre el nombre, la familia o la filiación, que en el estado actual de la evolución de las costumbres no revisten el carácter de elementos decisivos para el otorgamiento del consentimiento matrimonial; lo mismo ocurre con relación a la condición noble del otro contratante, en razón de la igualdad ante la ley y la supresión de títulos de nobleza consagrados por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Por el contrario, ha de estimarse comprendido el error sobre el estado civil, elemento integrante de la personalidad civil de relevancia indiscutible, en especial cuando se contrae matrimonio con una persona divorciada creyéndola soltera y las convicciones religiosas del otro contratante le hubieran impedito celebrar "el acto." También ha de estimarse comprendido el caso de viudez, especialmente cuando existen hijos del matrimonio anterior, pues aunque no haya razones de orden religioso puede admitirse que no se desea contraer la unión con quien tiene o ha tenido otra familia. En suma, el error sobre el estado civil puede darse en todo caso en que se contrae matrimonio con una persona a quien se cree soltera y en realidad es divorciada o viuda.

En cuanto al error sobre la nacionalidad, carece de relevancia por lo menos en nuestro país y en la actualidad, en especial por la circunstancia de que no existe cambio de la nacionalidad de la mujer en razón del matrimonio. Sin embargo, podría llegar a ser de alguna importancia en caso de guerra con otro país en que fuera admisible pensar que en caso de haberse conocido la nacionalidad enemiga del otro contratante el matrimonio no se hubiese celebrado.

Todo otro tipo de error queda excluido de la enunciación legal, pues no hay otro elemento de la personalidad civil cuya importancia sea tan relevante que pueda ser considerado motivo legítimo del consentimiento matrimonial.

En suma, hay error sobre la identidad de la persona civil cuando el vena sobre algún elemento o atributo de la personalidad que pueda legítimamente haberse tenido en cuenta para otorgar el consentimiento; y el único elemento que —en nuestro país y en el momento actual— podría ser así considerado— es el estado civil.

13. *Aplicación de principios generales.* — La aplicación de casi todas las disposiciones generales del Código Civil referentes al error queda excluida por la norma especial del art. 16 de la ley de matrimonio.

Sin embargo, resta la discusión de si es aplicable el art. 929, según el cual el error debe ser excusable, es decir que "no podrá alegarse como la ignorancia del verdadero estado de las cosas proveniente de una negligencia culpable". En su contra se arguye que si el error reviste tal gravedad que

queda comprendido en la disposición del art. 16 sería una sanción excesiva para el conyugue negligente privado de la acción de nulidad. Sin embargo, en materia matrimonial es admisible la exigencia de que haya mediado una razonable preocupación por conocer los antecedentes del otro conyugue, de donde el error debería ser excusable para ser admitido.

#### IV. Dolo

16. *La exclusión es derecho canónico y francés.* — El derecho canónico no contempla el dolo como vicio del consentimiento matrimonial. Sólo se atiende, en consecuencia, al error, sin que quepa establecer diferencias sobre la base de que éste sea espontáneo o provocado por el dolo del otro conyugue o de un tercero. Se estima que no cabe hablar de dolo en un sacramento que de por sí produce bien espiritual, lo que excluye el interés en la acción, a menos que el vicio se traduzca en error que haga anulable el acto; se teme también la introducción por esta vía de un sucedáneo del divorcio.

Lo mismo ocurre en el derecho francés. Ya en el antiguo derecho consuetudinario era tal la solución, y llegó a considerarse que no debía retirarse en cuenta por ser natural que existiese en el matrimonio, pues para llegar a él los futuros conyugues trataban de aparecer con virtudes que en realidad no tenían. "En mariage il trompe qui peut" (en matrimonio engaña quien puede), decía una de las máximas de Loyseau en sus "Institutes coutumières".

La doctrina moderna halla otros fundamentos más jurídicos para la exclusión. Así, se dice que el dolo no es en realidad un vicio del consentimiento, sino un motivo que engendra el error; en materia consuetual se sanciona a su autor privando de efectos al contrato cuando no sería suficiente el error por sí solo, pero en materia matrimonial —en razón de la gravedad del efecto— el error debe ser apreciado en sí mismo, independientemente del motivo que lo determinó.

17. *El dolo en nuestra ley.* — En cambio, la ley de matrimonio civil argentina ha admitido el dolo como vicio del consentimiento matrimonial. En consecuencia, todo error relativo a la persona del otro conyugue que por sí mismo no podría dar lugar a la anulación del matrimonio debe ser tenido en cuenta si no es espontáneo sino provocado por el engaño del segundo; lo que no significa que el dolo sólo pueda referirse a las cualidades personales de quien lo ejerce, como se verá más adelante al ejemplificar los principales casos de dolo.

Con relación a ese vicio, resultan aplicables la mayor parte de los principios generales del Código.

En primer lugar, cabe la existencia de acción dolosa, consistente en "toda aseveración de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier

artificio, astucia o maquinación que se emplea" con el fin de lograr la ejecución del acto (art. 931) y de omisión dolosa, que consiste en la "retención u ocultación dolosa" (art. 933). Precisamente la segunda de las formas de dolo es la que tiene mayor campo de acción posible en materia de matrimonio.

Para que el dolo pueda ser causa de nulidad del matrimonio es preciso que se reúnan las siguientes circunstancias contempladas por el art. 932 del Cód. Civil:

- a) que sea grave (inc. 1);
- b) que haya sido causa determinante del acto (inc. 2);
- c) que no haya habido dolo por ambas partes (inc. 4).

En cuanto al requisito del inciso 3, que haya ocasionado un daño importante, resulta superfluo pues está dado por el solo hecho de haberse obtenido la celebración del matrimonio mediante la acción o la omisión dolosa.

Por lo que hace al dolo incidente, previsto por el art. 934, carece de efectos en materia matrimonial, pues sólo se concibe en ésta el efecto de nulidad del matrimonio y no el de resarcimiento de daños. De tal manera, o bien el dolo es determinante y es causa de nulidad, o bien no lo es y carece de efectos.

También debe ser tenido en cuenta el dolo proveniente de una tercera persona (art. 935), aunque es más difícil que ocurra en el matrimonio.

Fuera de las condiciones generales establecidas por el Código Civil, cabe requerir que el engaño verse sobre causas legítimas del consentimiento matrimonial, ya que de lo contrario no existiría interés digno de la protección legal.<sup>9</sup>

18. *Cases de dolo.* — Sin que pueda hacerse una enumeración completa de los posibles casos de dolo en el matrimonio, conviene ejemplificar sistematizando los principales supuestos que han sido materia de juzgamiento o que podrían presentarse.

#### 1) Engaño sobre cualidades físicas:

a) Defecto físico en general: En principio, el ocultamiento de un defecto físico, sea que disminuya las cualidades estéticas, la capacidad de trabajo o la salud de un cónyuge, no vicia el consentimiento. Pero si se trata de un defecto físico grave que pueda hacer repugnante la convivencia a punto tal que pueda estimarse que de haberlo conocido el matrimonio no se habría celebrado, debe ser tenido en cuenta.

<sup>9</sup> Cúm. Nac. Civil, Sala C., 8-6-63, La Ley 108-798.

Un fallo de Mendoza rechazó la nulidad por ocultamiento de defectos físicos de la mujer —calvicie total disimulada con peluca, carencia de cejas y pesetas y grave defecto de la vista— pero no por insuficiencia de los defectos en sí, sino por considerar que no podían haber pasado inadvertidos durante el noviazgo, por breve que hubiera sido.<sup>10</sup>

b) Defecto físico de los órganos sexuales: Este tipo de defecto no puede dar lugar a vicio del consentimiento, pues a su respecto existe un precepto expreso de la ley que lo excluye: el que instituye la impotencia como causal de nulidad del matrimonio (art. 85 inc. 4 de la ley de matrimonio). Luego, o bien el defecto da lugar a impotencia y es causa de nulidad, o bien no da lugar a ella y carece de efecto.

En cuanto a la esterilidad, no cabe tenerla en cuenta aún cuando sea conocida y ocultada por el cónyuge que la padece, pues no impide el cumplimiento de los fines del matrimonio.<sup>11</sup>

c) Enfermedad contagiosa o hereditaria: El ocultamiento de enfermedad contagiosa o hereditaria capaz de poner en peligro la salud del otro cónyuge o de la descendencia que pudiere haber de la unión es un caso de dolo que debe ser admitido, pues cabe presionar que nadie contraería matrimonio conociendo una situación tal.

Una situación de este tipo —ocultación de la sífilis que padecía el novio— dio lugar a la anulación del matrimonio en un ya antiguo fallo.<sup>12</sup>

d) Engaño sobre la virginidad: El engaño acerca de la virginidad de la mujer no debe considerarse incluido, en virtud de razones de dos diferentes órdenes. En primer lugar, desde el punto de vista técnico, porque implicaría un rigor con relación a la conducta anterior al matrimonio de una sola de las partes que no merece protección legal pues sería vejatorio y constituiría una afrenta a la dignidad de la mujer. En segundo término, desde el punto de vista práctico, porque sería prácticamente imposible probar si el desfloramiento se produjo antes o después del matrimonio, y en el primer caso si era conocido por el novio, pues una revelación de tal índole seguramente se habría hecho confidencialmente.

e) Ocultación de embarazo: La ocultación del embarazo de la mujer anterior al matrimonio y proveniente de relaciones con un tercero sería un engaño de gravedad suficiente para configurar el dolo.

f) Suposición de embarazo: En cambio, la suposición de embarazo para obtener el consentimiento del novio, no pasaría de ser un ardid intrin-

<sup>10</sup> Cím. Civ. y Min. Mendoza, 7-5-43, La Ley 30-908.

<sup>11</sup> Cím. Nac. Civil, Sala A, 1-7-53, fallo inédito citado por Borda.

<sup>12</sup> Cím. Civ. 1º, 27-12-1910, Jurisprudencia de los Tribunales Nacionales, 1910, t. IV, pág. 2195.

cendense, pues en modo alguno cabe concluir que su voluntad quedase excluida por el hecho de no existir en realidad tal situación.

2) Engaño sobre las cualidades morales: El engaño sobre las cualidades morales debe ser admitido, cuando se trata de situaciones de gravedad tal que pueda suponerse que de haber sido conocidas antes del matrimonio ére no habría sido contraído, y que a la vez al llegar al conocimiento del otro conyugue le hagan intolerable el mantenimiento de la vida en común.

Ello ocurre, por ejemplo, en los casos de condena penal por delito grave, ejercicio de la prostitución, vida deshonrosa de la mujer anterior al matrimonio, concubinato anterior del que hubo hijos, o simplemente existencia de hijos extramatrimoniales.

Entre los casos juzgados en nuestro país, cabe destacar la existencia de concubinato con otra mujer, con intención de continuar manteniéndolo después del matrimonio.<sup>12</sup> La acción fundada en un concubinato anterior del marido se rechazó, más no porqué no configurarse dolo ni ocultación, sino por falta de prueba.<sup>13</sup> Lo mismo ocurrió con el ocultamiento de la vida licenciosa de la mujer anterior al matrimonio, que no se admitió por falta de prueba de los ardides y argucias empleados para obtener el consentimiento,<sup>14</sup> y con la existencia de un hijo ilegítimo de la mujer a quien éra hacia pasar por sobrino, por no acreditarse que el marido ignorase la verdad.<sup>15</sup>

3) Engaño sobre cualidades intelectuales: No existe dolo en el engaño sobre cualidades intelectuales, pues éstas pueden ser fácilmente apreciadas mediante el trato personal mantenido durante el noviazgo.

Rechazóse así como fundamento de la nulidad el engaño sobre la verdadera cultura universitaria del novio, estudiante de ingeniería de 3er. año que decía serlo de 5º.<sup>16</sup>

#### 4) Engaño sobre cualidades civiles:

a) Nacionalidad: En principio, el engaño sobre la nacionalidad no es motivo valedero para anular el matrimonio, por lo menos en el estado actual de nuestra legislación y nuestras costumbres. Sin perjuicio de ello, podrá serlo en los casos de excepción mencionados al tratar anteriormente sobre el error, si ellos se presentasen.

b) Edad: El engaño sobre la edad tampoco debe ser admitido, por no revertir la suficiente gravedad.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Cám. Civ. 2ª, 17-10-34, *Gas. del Foro*, 33-46.

<sup>13</sup> Cám. Civ. 1ª, 23-1-51, *La Ley* 23-807.

<sup>14</sup> Cám. Civ. 2ª, 12-12-38, *La Ley* 13-733, *Jur. Arg.* 64-908.

<sup>15</sup> Cám. Nac. Civ., Sala C., 6-6-55, *La Ley* 79-711.

<sup>16</sup> Cám. Nac. Civ., Sala C., 10-7-39, *La Ley* 96-176, *Jur. Arg.* 93º-VI-112.

<sup>17</sup> Cám. Nac. Civ., Sala B., 6-7-39, *La Ley* 93-636, *Jur. Arg.* 96º-III-333.

c) Condición social: Tampoco debe admitirse, actualmente y en nuestro país, el engaño sobre la condición social. No existen títulos nobiliarios, y la condición social del contrayente no constituye motivo legítimo del consentimiento matrimonial, fuera de que puede ser apreciada por el conocimiento de las partes durante el noviazgo.

d) Filiación: El engaño sobre la verdadera filiación no parece ser una circunstancia decisiva para llegar al matrimonio.

En un caso fue desechado. La mujer se decía hija legítima de un diplomático, de quien la madre se decía separada, cuando en verdad era hija natural y hermana de un maleante. Se consideró que no pudo haber engaño sobre la honestidad de la familia, porque los cónyuges habían vivido en concubinato antes del matrimonio con la tolerancia de la madre de la esposa.<sup>20</sup> Pero quedó sin solución el caso en que el engaño se hubiese producido realmente.

A mi juicio, no cabe considerar el engaño sobre la filiación así sobre la familia a la cual se dice pertenecer el contrayente, pues no se trata de condiciones personales supras decisivas para la celebración del matrimonio.

e) Estado civil: El engaño sobre el estado civil, de quien se hace pasar por soltero cuando en realidad es divorciado o viudo, es suficiente para configurar dolo. Si el error sobre este punto vicia el consentimiento aunque no haya engaño, con mayor razón debe ocurrir así en caso de haberlo.

Se anuló por dolo un matrimonio en que el marido había ocultado su estado civil de casado y contraído matrimonio cuatro días después de enviudar, cuando ya se habían iniciado las diligencias previas a la celebración.<sup>21</sup> En cambio, la nulidad se denegó en otro en que la mujer había ocultado su estado civil de divorciada, pues no se estimó acreditado que de haberlo conocido el esposo no se hubiera casado.<sup>22</sup> Evidentemente, en otros casos deben ser tenidas en consideración las ideas religiosas o morales del cónyuge engañado.

f) Condición sacerdotal: El ocultamiento de la condición de sacerdote debe ser tenido en cuenta, especialmente cuando se trata de un sacerdote católico y la novia pertenece a la misma religión, pues ello le impediría celebrar matrimonio canónico válido en razón del impedimento de orden, lo que afectaría sus convicciones religiosas.

g) Fortuna: El engaño sobre la fortuna o la situación patrimonial no

<sup>20</sup> Cóm. Civ. 1ª, 19-6-42, La Ley 37-66, Jur. Arg. 942-III-426.

<sup>21</sup> Cóm. Civ. 2ª, 26-12-46, La Ley 49-461, Jur. Arg. 947-6-419. En sus votos, el Dr. Chase opinó en su voto que había error sobre la identidad de la persona del dolo.

<sup>22</sup> Cóm. 1ª Civ. y Com. La Plata, 28-9-34, La Ley 75-568, Jur. Arg. 934-III-492.

debe ser considerada, pues no se trata de un motivo legítimo del consentimiento matrimonial.<sup>39</sup>

5) Engaño sobre intenciones del contrayente con relación a la vida en común: El engaño puede versar también, no ya sobre cualidades o condiciones del contrayente, sino sobre otras circunstancias capaces de tener influencia decisiva sobre la decisión de contraer matrimonio, en especial determinadas intenciones con relación a la vida en común ulterior.

a) Promesa incumplida de celebrar matrimonio religioso: El incumplimiento de la promesa de celebrar matrimonio religioso después de la ceremonia civil es motivo suficiente para tener por configurado el dolo, especialmente cuando el otro contrayente es creyente y no cabe suponer que habría admitido la iniciación de la vida en común sin la consagración religiosa de la unión. Existen varios fallos en este sentido.<sup>40</sup>

Cabe señalar que no se trata en estos casos —como erróneamente afirma algún autor— de engaño sobre las ideas religiosas, pues no bastaría que se tratase de un acto si está dispuesto a celebrar el matrimonio con dispensa del impedimento de disparidad de cultos.

b) Negativa de iniciar la vida en común o unión con ánimo de no consumar el matrimonio: Estas situaciones pueden dar lugar a la nulación del matrimonio, pues se trata de engaños tales que defraudan la legítima esperanza del otro contrayente de contraer un matrimonio normal.<sup>41</sup>

## V. Vicios no admitidos por nuestra legislación

19. *Reserva mental.* — Existe reserva mental cuando uno de los contrayentes, a pesar de expresar formalmente su voluntad de contraer el matrimonio, en su fuero interno no desea la realización del acto, o bien la desea pero con determinadas condiciones que no se ponen de manifiesto formalmente.

El derecho canónico reconoce el principio de que se presume que el consentimiento interno de la voluntad está en conformidad con las palabras o signos empleados en la celebración del matrimonio (casos 1086 § 1). Pero tal presunción es "iuris matum", ya que en determinadas situaciones admite prueba en contrario. Trátase de los casos en que una de las partes o las dos, por un acto positivo de la voluntad, excluyen el matrimonio mismo (intención de no contraer) o bien todo el derecho al acto conyugal, o alguna

<sup>39</sup> Cám. Nac. Civ., sala C., 10-7-59, La Ley 96-176, Jur. Arg. 339893-113.

<sup>40</sup> Cám. Nac. Civ., sala C., 8-6-63, La Ley 108-798. 1ª instancia civil firme: Juan Dr. Albarrín, 26-8-55, Jur. Arg. 954-1-456; Juan Dr. Caballero, 23-2-62, El Derecho 2-538.

<sup>41</sup> Cám. Nac. Civ., sala D, 10-8-54, Jur. Arg. 954-IV-226. 1ª instancia firme de Mendoza, 26-4-63, La Ley del 13 de julio de 1965.



propiedad esencial del matrimonio, eso es, la unidad o la indisolubilidad de él (intención de no obligarse) (canon 1086, § 1, y canon 1013, § 2).

Esos supuestos están comprendidos en la doctrina canónica en el concepto de ficción o simulación del consentimiento matrimonial, pero desde el punto de vista del derecho civil cabe distinguir la simulación propiamente dicha, que se da cuando la disconformidad entre la voluntad real y la expresada existe en ambos contrayentes, de la reserva mental, que tiene lugar cuando tal disconformidad se produce en uno solo. En el primer caso, podría haber un vicio del acto —la simulación, admitida como tal en el derecho de otros países pero no en el nuestro— mientras que en el segundo existe un verdadero vicio del consentimiento de parte del contrayente que celebra el acto creyendo en la sinceridad de la declaración de su consorte o en que tal declaración será libre de toda intención oculta.

20. *Consentimiento prestado en broma.* — Aunque no previsto expresamente en las normas canónicas, también el derecho canónico ha admitido la invalidez del matrimonio por vicio consensual cuando el consentimiento se presta en broma ("iocandi causa"), es decir, que no hay intención seria de contraer matrimonio, como en los casos de broma propiamente dicha, apuesta, juego o representación del matrimonio en espectáculo teatral o cinematográfico.

21. *Simulación.* — La simulación, o reserva mental bilateral, no constituye ya un vicio del consentimiento, pero es un vicio del acto jurídico capaz de dar lugar a la nulidad de éste. En materia de matrimonio ha sido aceptado como causal de nulidad en la jurisprudencia italiana y francesa.

Con respecto a la primera, cita Busso el caso de un matrimonio simulado contraído para recoger un legado sujeto a la condición de casarse.

En la segunda, se falló un interesante caso. Trábase de un soldado francés, ex-prisionero liberado, que contrajo matrimonio en la zona oriental de Alemania con una alemana a fin de que ella adquiriese la nacionalidad francesa y se le permitiese pasar a la parte occidental; el matrimonio se contrajo en 1945 y la nulidad por simulación fue decretada en 1948 por el tribunal civil del Sena.

22. *Derecho argentino.* — En nuestra ley de matrimonio no hay norma que contenga, como el art. párrafo del canon 1086, la regla de que se presume la concordancia entre la voluntad real y la declarada.

Sin embargo, tal presunción emerge de haber sido considerado el consentimiento matrimonial exclusivamente desde el punto de vista formal. El art. 14 de la ley de matrimonio establece como requisito de existencia del acto la exposición del consentimiento ante el oficial público; por consiguiente, *basta la exposición para que el matrimonio se consuma, sólo en los casos en que la misma ley asigna efectos a determinadas circunstancias capaces de viciarlo, que por su índole debe estimarse que han sido enumeradas taxati-*

vamente en el art. 16. Otra solución implicaría crear una peligrosa fuente de invalidez nupcial, susceptible de atacar contra la estabilidad del vínculo.

En consecuencia, ni reserva mental, ni falta de seriedad en la expresión del consentimiento pueden dar lugar a vicio de éste susceptible de ocasionar la nulación del matrimonio por sí solos; pero si reuniesen los caracteres del dolo podrían dar lugar a la aplicación de las soluciones contempladas con respecto a él. Así, en los antes citados casos de negativa a celebrar la ceremonia religiosa, o de celebración con ánimo de no iniciar la vida en común o no consumar el matrimonio, hay en realidad en el acto del matrimonio una reserva mental de caracteres dolosos.

En cuanto a la simulación, tampoco es vicio del acto matrimonial que admite la ley argentina. Negóse así la acción de nulidad fundada en que el matrimonio se había contraído para facilitar al novio la exención del servicio militar, pero con el acuerdo de no consumarlo.<sup>24</sup>

## BIBLIOGRAFIA ELEMENTAL DERECHO ARGENTINO

### Obras generales

- Prayon, Eduardo: Nociones de Derecho Civil. Derecho de Familiar (compilación de Luis A. Foderri Costa). Buenos Aires 1914. Cap. V.
- Lafaille, Héctor: Curso de Derecho Civil. Derecho de Familia (compilación de Pedro Frutos e Inesio P. Argiello). Buenos Aires 1930. Cap. II. § V, Nros. 39 a 71.
- Borda, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia. Buenos Aires 1933. Tomo I, cap. II, II.
- Rébora, Juan Carlos: Instituciones de la familia. Tº II: El matrimonio. Buenos Aires 1933.
- Basso, Eduardo B.: Código Civil anotado. Tº II. Buenos Aires 1945. Nota al art. 16 de la ley de matrimonio civil.
- Spota, Alberto G.: Tratado de Derecho Civil. Tº I, vol. 3-6, Buenos Aires 1945. Tº II, vol. 1, Buenos Aires 1962.

### Trabajos especiales

- Consejo, Raúl J.: "El error y el dolo, causas de anulabilidad del matrimonio". La Ley 48-461.
- Frías, J. A.: "El matrimonio, sus impedimentos y nulidad". Córdoba 1941.

<sup>24</sup> Cám. Int. Civ. con La Plata, sala III, 2 0-63, La Ley 112-203.

- Orga, Alfredo: "Los vicios del consentimiento y la nulidad del matrimonio", en La Ley 72-84, y en Nuevos Estudios de Derecho Civil, pág. 379.
- Matella, Jorge O.: "Dolo y error en materia matrimonial", La Ley 109-1125.

### Proyectos de Reformas

Anteproyecto de Juan A. Bóhls y Proyecto de la Comisión de 1936.

### DERECHO COMPARADO

- Fernández Cárdeno, Luis: "El derecho de familia en la legislación comparada", México 1947.
- Códigos civiles de diferentes países.

### DERECHO CANONICO

- Código de Derecho Canónico y legislación complementaria (texto bilingüe latino y castellano acordado por Lorenzo Miguelín Domínguez, Sebino Alonso Morán y Marcelino Cabrezo de Ana). Madrid 1962.
- Kersch, A.: "Derecho matrimonial canónico" (trad. de Gómez Piñón). Madrid 1932.
- Cárdeno, Juan: "El derecho matrimonial" (trad. de José Ángel Fernández Arroyo). Barcelona 1939.
- Iribarne, Ramón: "El matrimonio civil comparado con el canónico", Buenos Aires 1963.

### DERECHO FRANCÉS

- Massad, Henri, León y Jean: Lecciones de Derecho Civil (trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo). Paris 1ª, vol. III. Buenos Aires 1939. Lección XXXV.
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean: Traité de Droit Civil según el Traité de Fustol (trad. de Delia García Durozour). Tª II, vol. 1. Buenos Aires 1963. Segunda parte, cap. II, sección 1, § 2.



## IMPUGNACION DEL RECONOCIMIENTO DE HIJO MATRIMONIAL EN EL DERECHO ARGENTINO

Por el Dr. JOSÉ F. BRAU

1. *Importancia y naturaleza jurídica del reconocimiento.* — Este acto tiene gran trascendencia porque, mediante la sola declaración unilateral del que lo realiza, una persona queda emplazada en el estado de hijo del autor de tal declaración. Vale decir que, si ésta se lleva a cabo por acto auténtico, basta como título del estado de hijo ilegítimo.

Pero, como la ley no puede permitir que ese emplazamiento quede como definitivo cuando no responde a una verdadera filiación, reglamenta la forma de impugnar el acto que nos ocupa.

Para el mejor examen de la ineficacia de éste, conviene puntualizar su naturaleza jurídica. Después de haberse admitido durante mucho tiempo que se trata de una simple confesión, terminó por prevalecer, al menos entre nosotros, la doctrina según la cual se trata de un verdadero acto jurídico, como que es voluntario, lícito y tiene por fin inmediato establecer entre las partes relaciones jurídicas, es decir, que responde a la definición del art. 944 del Código Civil. Así lo han dicho Lafaille (*Derecho de Familia*, N.º 486) y Busso (*T. II*, pág. 765, N.º 19 y 20) y también Gami, entre los autores uruguayos (*Reconocimiento expreso de hijos naturales*, pág. 68). Borda no coincide con esa solución porque, siguiendo al profesor español Albaladejo García, sostiene que no existe en el caso una voluntad negocial, encaminada a crear derechos y obligaciones, sino simplemente una afirmación de paternidad, cuyos efectos se producen ex lege, quíbralo o no el autor de la declaración (*Familia*, p. 52, N.º 675).

Los efectos legales imperativos son comunes a otros actos, que no por ello dejan de ser jurídicos, como ocurre, por de pronto, con el matrimonio y, en cuanto a la finalidad de producir relaciones jurídicas, no puede negarse que, al reconocer al hijo, el autor del acto tiende a manifiesto de un título de estado, que traerá aparejados derechos y obligaciones para ambas partes. No negamos que éstos surjan de la filiación biológica; pero para que ella se ponga de manifiesto es necesario el acto del reconocimiento, sin perjuicio de que a análogos resultados se pueda llegar por la sentencia recaída a raíz del reclamo de paternidad o maternidad formulado por el hijo.

Entendemos que la duda se explica por la gran repercusión que ha tenido la técnica del Código alemán sobre los negocios jurídicos, cuyo con-

cepto no es enteramente igual al de nuestros actos jurídicos. De allí que la moderna teoría europea tienda a negar tal carácter a actos como el reconocimiento, tanto de hijos naturales como de obligaciones. A veces el distinguido carece de mayores consecuencias prácticas, pues el mismo profesor español al que sigue Borda califica al primero de tales reconocimientos como "acto jurídico semejante a los negocios" y agrega que le son aplicables por analogía las disposiciones sobre nulidad relativas a éstos (Invalidez e ineficacia del reconocimiento de la filiación natural, en *Anuario del Derecho Civil*, abril-junio de 1933, pág. 341).

La propia doctrina alemana admite que al mismo acto le son aplicables análogas reglas relativas a las demás declaraciones de voluntad (Enneccerus, Kipp y Wolff, 6<sup>a</sup> ed., *Derecho de Familia*, vol. II, pág. 194).

2. *Las distintas formas de impugnación.*— Se admite, en general, que cabe hacer un distinguo entre la contestación del estado de hijo extramatrimonial y la nulidad del acto jurídico que implica el reconocimiento. La primera tiende simplemente a demostrar que el reconocido no es verdadero hijo del que realizó dicho acto y la segunda a obtener la anulación de éste por aplicación de los principios generales que rigen los actos jurídicos. Así lo entienden Busso (op. cit. pág. 792, N<sup>o</sup> 7 en adelante) y Gari (op. cit. N<sup>o</sup> 143). Entre los autores italianos, Cico, a pesar de sostener que es un error hablar de las diferentes clases de nulidad propias de los negocios jurídicos, termina por sostener que es preferible distinguir entre reconocimientos susceptibles por impugnabilidad de estado o por impugnabilidad de título (citado por Albaladejo García, op. cit., p. 343), con lo cual se acerca bastante al distinguo anterior.

El moderno código italiano de 1942 distingue entre los casos de falta de veracidad, violencia e interdicción (arts. 263 y ses.), con la particularidad que incluye los vicios de error y dolo entre los supuestos de falta de veracidad, o sea, que si, a pesar de la existencia de tales vicios del consentimiento, la calidad de hijo es verdadera, la impugnación del título sería improcedente.

Borda sostiene que la nulidad de este acto depende exclusivamente de la falsedad de la filiación (op. cit. N<sup>o</sup> 704, p. 71), aunque admite como excepción el caso de violencia, es decir, que cuando el reconocimiento es producido con ésa, no se le puede asignar ningún valor, con independencia de que la filiación, sea o no real, porque "hay una grossera violación del orden jurídico".

Sin embargo, sostenemos que la existencia de las dos acciones tiene verdadera utilidad; por de pronto, para permitir la impugnación al propio autor del reconocimiento cuando su acto es nulo, sea por falta de capacidad (no tener la edad legal para hacerlo o hallarse interdicto o simplemente privado de razón) o por existir los vicios de error, dolo o violencia en el acto mismo. También podría darse el caso de ausencia de las formas legales, lo

que permitiría impugnar el acto también a los terceros interesados. Si éste es nulo por cualquiera de esas circunstancias, no puede reconocérsele eficacia, a menos de mediar confirmación y entonces la validez o nulidad son independientes de la falsedad o verdad de la filiación. En una palabra, en esos casos no media para el autor del reconocimiento la obligación de probar que no es padre, sino solamente la de acreditar las causas de nulidad previstas. Claro está que si, durante el juicio, fuera posible la prueba de la paternidad, dicha ineficacia carecería de objeto. Ello ocurriría, por ejemplo, si estando demandado el reconocido, éste reconociera por reclamación de paternidad o maternidad.

3. *Los titulares de la acción.* — La casi totalidad de las legislaciones se acuerdan al propio reconocido y a todos los que tengan interés en ella. El moderno Código italiano así lo hace, incluyendo también al autor del reconocimiento (art. 263).

Está en también el sistema de nuestro Código Civil, cuyo art. 335 establece que "el reconocimiento que hagan los padres de sus hijos naturales, puede ser contestado por los propios hijos, o por los que tengan interés en hacerlo".

Pero la ley 14.367, tan aceptable en términos generales, ha modificado el texto en forma muy poco feliz. Su art. 4º reza así: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio reconocido por sus padres, podrá ser contestada, en cualquier tiempo, por los propios hijos, o por los herederos forzosos de quien hiciera tal reconocimiento, dentro del plazo de noventa días desde que el reconocimiento les fuere notificado".

Resulta de ello que, en la actualidad, sólo tienen la acción el reconocido y los herederos forzosos del autor del reconocimiento, quedando excluidas otras personas con intereses tanto o más respetables que los del heredero forzoso. Ya Borda (op. cit. N° 707) y Díaz de Guisasa (Serrido y características de la reforma legislativa sobre hijos extramatrimoniales, J. A. 1954-IV: 14, Sec. Doctrina) han hecho notar el inconveniente de la restricción, sin darle, a mi modo de ver, toda la importancia que reviste.

Por de pronto, podría parecer que el propio autor del reconocimiento carece de toda acción, aunque entendemos con Borda (op. cit. 708) que, al hablar la ley del derecho a contestar no lo elimina a él, puesto que claro está que no puede discutir la verdad de su propia declaración, pero nada le impedirá pedir la nulidad del acto, en razón de incapacidad o vicios del consentimiento. Es éste uno de los supuestos que denotan la venenosa práctica del dilinguo que formulamos en el N° 2: el reconocimiento no puede contestar la verdad de la declaración, pero sí pedir su nulidad.

De nada valdría que la ley autorizara a reconocer hijos extramatrimoniales después de cierta edad (el varón debe tener dieciséis años en el momento del nacimiento y la mujer casaca, a menos que demuestre febacio-

vermente haber dado a luz al que reconoce, según el art. 41 del decreto-ley 8204 del 27 de setiembre de 1963), si no anulara el reconocimiento hecho antes de ella, ni se advierte cómo podría, en este caso excepcional, dar validez a los actos del loco, fuera o no declarado.

Por otra parte, tampoco es admisible que se acuerde entera válida a una declaración carente de intención o libertad, es decir, formulada con los vicios de error, dolo o violencia. Ya vimos que, con respecto a ésa, Borda sigue al Código italiano y la admite como causal de nulidad. Pero es que, si median error o dolo, siempre claro está que previene las exigencias legales para producir la nulidad, no hay por qué apartarse de la regla general aplicable a los demás actos voluntarios. Si se trata de un error de hecho excusable y no el que padecer un tanto o negligente, habría de declararse la nulidad. A pesar que la jurisprudencia de los tribunales europeos parece contradictoria, en cuanto al juzgamiento del acto de reconocimiento, cuando quien lo formula demuestra que lo hizo ignorando que la madre tenía relaciones sexuales con otros hombres, creemos que ese no sería caso de error excusable, máxime cuando también el impugnante puede ser el padre.

En cuanto al dolo, si fue realmente determinante y grave e hizo caer en engaño sobre la paternidad, además de no ser reciproco, habríamos también de admitir su invocación.

Los supuestos arriba examinados son sólo aplicables al autor del reconocimiento, por regir también los principios generales y ello es especialmente admitido por Albaladejo García (op. cit. p. 367) y Gatti (op. cit. N° 144). Cuando se trata de un incapaz, su representante legal podrá obrar en su nombre.

Queda por examinar si el autor del acto puede impugnarlo, fundándose en ser falsa la filiación de que se se trata. Aunque el tema es materia de controversia (ya vimos que el Código italiano se decide por la afirmativa) podemos fácilmente sentar la doctrina negativa si aplicamos el Derecho positivo que ahora rige en nuestro país, porque el art. 4° de la Ley 14.367 no permite contestar el reconocimiento sino al propio reconocido y al heredero forzoso de quien lo formula, nunca a éste. Por otra parte, sólo en el régimen anterior, que daba acción a todos los interesados, entre los que podía sostenerse se halla el autor, la irrevocabilidad del reconocimiento que establecía el art. 332 del Código era un serio obstáculo para permitirlo. Es verdad que parte de la doctrina sostenía la tesis contraria, afirmando que la irrevocabilidad sólo significaba que el autor del reconocimiento no podía, por su sola voluntad y mediante declaración unilateral, dejarlo sin efecto; pero ello era sin perjuicio de su derecho a probar ante los jueces que la filiación era falsa. No obstante, sostenemos la opinión negativa porque el inconveniente de mantener una filiación falsa se compensa con la necesaria fijez que es necesario reconocer al estado de familia. Ese carácter del reconocimiento es, por lo demás, admitido también por el art. 2° de la ley 14.367.



La ley mantiene, como no podía ser de otro modo, el derecho del propio reconocido para impugnar el acto, en razón de ser falsa la filiación que se le atribuye. Si es menor de edad y fue previamente reconocido por el otro progenitor, éste, que se halla en ejercicio de la patria potestad, puede accionar en representación del hijo. Claro está que sería absurdo pretender que, en caso de haberlo, por ejemplo, la madre reconocido con anterioridad, el reconocimiento por el padre sea suficiente para cambiar de pleno derecho el ejercicio de que se trata. La madre impugnaría, pues, el acto representado al menor.

Si el hijo fallece sin haber incoado la acción, como ésta, lo mismo que todas las de estado, no se transmite por herencia, según acertadamente sostiene Díaz de Guñaro (Derecho de familia, pág. 464, N° 338) y, resulta del art. 3417 del Código, sus herederos no serán titulares de la acción, salvo que al mismo tiempo sean herederos forzosos del autor del reconocimiento.

Conviene recordar que nuestra ley no concede al reconocido el derecho al simple repudio, como ocurre con el Código Civil uruguayo, cuyo art. 258 es una disposición excepcional en el Derecho comparado; de manera que no hay otra contestación que la realizada mediante juicio, en el cual el actor deberá demostrar que no reviste el carácter de hijo del reconocimiento. A pesar de ello, la ley 11.357, en su art. 3°, inc. 2°, sub. inc. e) acuerda, entre otras facultades, a la mujer casada la de "aceptar o repudiar el reconocimiento de ella hicieran sus padres". Tanto en el régimen del Código como en el de la ley 14.367, sólo se prevén acciones por impugnación; de manera que la facultad de repudiar no existe y debe entenderse que la ley sobre derechos civiles de la mujer sólo puede aludir a la de impugnar en juicio.

Como hemos dicho, el art. 4° de la Ley 14.367 acuerda también el derecho para contestar la filiación resultante del reconocimiento a los herederos forzosos de su autor y, como les concede el plazo de noventa días, a contar desde la notificación que se les haga, no hay duda que pueden accionar en vida del reconocido, lo que significa que se confiere la acción a los que tienen, en el momento de serles notificado o estar en conocimiento personal del acto a impugnar, ese carácter de herederos forzosos, aunque en el de la muerte del reconocido pudieran otras personas concurrir tal calidad.

4. *Caso de nulidad del instrumento en que el acto se realiza.*— Puede ocurrir que no se impugne directamente la filiación, sino sólo el instrumento en que se efectuó dicho acto. Se usará siempre de un documento auténtico porque, a pesar de que el art. 2°, inc. 2 de la Ley 14.367 permite llevarlo a cabo por instrumento público o privado, sabido es que sólo el primero constituye verdadero título de la filiación conyugal; al segundo es un elemento probatorio para acreditar la filiación en el juicio que se establece para obtener su reconocimiento o declaración; pero no constituye título suficiente, lo que no puede siquiera discutirse, por la sencilla ra-

nón de falsa autenticidad, o sea, que se ignora si el instrumento privado emana del que aparece como firmante.

Pues bien, si la escritura pública o cualquier otro instrumento de este carácter donde aparece el reconocimiento fuera sólo por cualquier causa, mal podría invocarse como título de la filiación. Por tanto, cualquiera que tenga interés en hacer caer el reconocimiento, podrá invocar la nulidad de que se trata, con la cual faltará el título y, por tanto, el hijo que haga valer su carácter de tal se verá obligado a pedir simplemente la declaración judicial de su filiación. Esta no aparece directamente contestada, sino que se impugna el título mismo, cuya nulidad necesariamente tendrá aparejada la del acto que requiere la forma instrumental, según ocurre con el reconocimiento (art. 104 Cód. Civil).

5. *Situación de los herederos que no son herederos forzosos del autor del reconocimiento.*— La consecuencia más grave que resulta del art. 4º de la Ley 14367 es que impide, en términos generales, contestar la filiación resultante del reconocimiento al verdadero padre y a la verdadera madre del reconocido.

Comencemos, sin embargo, por aclarar que ello será así cuando el estado de hijo no resulta de la aplicación de otras normas legales. Ello ocurrirá fundamentalmente si el reconocido fue bien denunciado como hijo de dos personas unidas en matrimonio, pues las reglas resultantes de los arts. 240 y 251 del Código Civil no pueden quedar sin efecto por el sólo acto unilateral de quien se reconoce como padre o madre.

Análoga consecuencia tendrá el reconocimiento anterior hecho por otra persona del mismo sexo que el actual reconociente. Ese reconocimiento anterior emplazó al reconocido en el estado de hijo y, hasta tanto no se decida la procedencia de una impugnación, dicho estado subsiste. El código uruguayo resuelve el asunto en sentido distinto: si hay más de un reconocimiento, no habiéndose probado paternidad o maternidad mientras uno de estos reconocimientos contradictorios no sea excluido por sentencia que cause ejecutoria y agregada que se atenderá en tal caso al reconocimiento que revierte en su favor más presunciones o probabilidades (art. 240). La solución provoca la crítica de Gardi (op. cit. N° 75), quien recuerda las opiniones de los autores italianos Cosarini y Carrasi, coincidente con la antes expuesta. Cualquiera sea la opinión que pudiera tenerse con el párrafo anterior a la ley 14367, el art. 4º de ésta no deja dudas sobre la solución propuesta porque la constitución contra la filiación que resulta del reconocimiento primero no la pueden intentar nada más que el hijo y los herederos forzosos del reconociente, lo que descarta toda posibilidad del que, diciendo ser el verdadero padre pretende impugnar el reconocimiento anterior. Solamente podría hacerlo si al mismo tiempo, se tratare de un verdadero forzoso del autor de aquél.

Quiere decir que el verdadero padre no podría impugnar el reconocimiento hecho por el que no lo es, salvo los casos expuestos. Entendamos, sin

embargo, que cuando hay posesión del estado de padre a favor de aquél, debe admitirse su impugnación porque dicha posesión equivale al reconocimiento de hecho, como ha dicho Lafaille (op. cit. N.º 469) y lo admite la jurisprudencia más frecuente. Sería llevar demasiado lejos las consecuencias del desacerado régimen resultante de la nueva ley si, por ejemplo, el padre natural, con el consentimiento de la madre, se lleva al hijo a vivir con él y luego ésta lo reconoce conjuntamente con otro hombre y pretenden ambos impedir la impugnación del verdadero padre. Los efectos de la posesión de estado deben equipararse al reconocimiento expreso.

Por otra parte, cuando éste es hecho por el padre, no puede él impedir que una mujer reconozca a la misma persona como hijo suyo, aunque ni siquiera tenga conocimiento de la pretendida madre, o sea, que se verá obligado a admitirla como tal, con todas sus consecuencias.

Más grave aún sería la situación de la mujer que reconociera a su hijo y, luego quizás de varios años, se encontrara con el nuevo reconocimiento hecho por un hombre, de cuya existencia incluso podría no tener idea y con el cual fácilmente resultaría desde el punto de vista legal haber tenido relaciones íntimas.

Repito que, mientras el hijo es menor, siempre queda al verdadero padre o a la verdadera madre, la posibilidad de impugnar el nuevo reconocimiento asumiendo la representación del incapaz; pero esa posibilidad desaparece una vez que éste llega a la mayoría de edad.

Los autores de la reforma no advirtieron tampoco el peligro de que, mediante un reconocimiento falso hecho por un hijo, se coloque al presunto abuelo frente a la obligación alimentaria a favor del nieto ficticio (art. 369, C. Civil).

Menos interés tiene, desde el punto de vista social, el derecho de los legatarios o donatarios para discutir la validez de un acto que, al crear un heredero forzoso ficticio, puede exponerlos a una acción de reducción a que en otra forma no estaban sometidos. Lo mismo ocurre con los simples herederos parientes colaterales del autor del reconocimiento, porque parece ser normal que éste considere innecesario testar a favor del reconocido, puesto que el mismo quedó emplazado en carácter de hijo y, en consecuencia, desplaza de la herencia a aquellos.

Fero si es de tomar en cuenta la situación del cónyuge del reconocido, pues aparte su interés moral, también tiene uno de su carácter pecuniario derivado de su necesidad de compartir la posible herencia del reconocido con el presunto padre natural. No digamos nada si, a raíz de tal reconocimiento, resultara, por ejemplo, hermano del cónyuge y se encontrara así frente a la nulidad de su propio matrimonio. Si constara el reconocimiento con la complicitad del reconocido, se aseguraría además la herencia exclusiva de éste, en perjuicio del otro cónyuge, pues la citada nulidad podría obtenerse en vida del cónyuge.

No debiera descartarse la acción del Ministerio Público cuando la falsedad del reconocimiento resulta evidente, por ejemplo, en razón de la edad de su autor en el momento de la concepción del reconocido, si por hallarse aún lejos de la pubertad es imposible admitirlo como padre.

6. *Posible remedio resultante de la aplicación de la ley penal.*— Lo dicho no impide, por cierto, que el autor del reconocimiento falso se haga pasible del delito previsto en el art. 293 del Código Penal, que castiga a quien inserta en instrumento público declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio. El instrumento público de reconocimiento está destinado, es cierto, a probar la existencia de éste, pero además la filiación, puesto que ya dijimos que constituye el título de la misma y claro está que puede causar serios perjuicios a muchas personas, como quedó demostrado más arriba. Si el reconociente se halla aún con vida y la acción penal no prescribió, podría al oírse condena existir un fallo judicial del que surgiera la falta filiación. Pero claro está que el remedio es sólo parcial, pues no tendría eficacia después de la muerte del autor o luego de haberse prescrito la acción penal, fuera del supuesto del reconocimiento hecho en instrumento privado, que no sería delito y podría producir su efecto en un juicio por reclamo de la filiación.

De allí que, en definitiva, lo deseable es que se modifique el art. 4° de la Ley 14.567 y se vuelva al régimen del Código Civil.

7. *Caducidad de la acción.*— Ya vimos que dicho artículo dispone que el reconocido podrá constatar el reconocimiento en todo momento, lo que implica la derogación del art. 4039 del Cód. Civil, que fijaba un plazo de prescripción de dos años, a contarse desde que el hijo llegaba a la mayor edad. La solución es adecuada porque no conviene coartar las posibilidades para discutir por el propio interesado una filiación falsa.

En cambio, el aludido art. 4° fija un plazo de noventa días para los herederos forzosos del autor del reconocimiento, a contarse desde que éste les fuera notificado. Estos plazos cortos que la ley establece para modificar determinados estados de familia son consistentemente considerados como de caducidad, lo que excluye la posibilidad de que les aplique el juez de oficio y, además, no se les aplican las normas sobre suspensión de la prescripción.

Entendemos que la notificación no es una exigencia ineludible para la validez del reconocimiento, sino que la ley la estableció al sólo efecto de hacer correr el plazo contra los herederos forzosos aludidos. Debe entenderse, pues, que el conocimiento que ellos tengan del acto hace correr el plazo. Todo será cuestión de probarlo.

A pesar de lo dicho, cuando el heredero forzoso fuera un incapaz, no podría hacerse valer contra él la notificación hecha a su representante, si éste fuera el propio autor del reconocimiento, porque su constitución debe descartarse y, entonces, no habría tenido dicho incapaz oportunidad alguna para formular la impugnación.

## DERECHOS REALES DE GARANTIA LEGISLADOS EN EL CODIGO

(Consideraciones en torno a un breve análisis comparativo)

Por EDMUNDO GATTI

(Profesor Adjunto Inscrito de Derecho Civil IV°)

### SUMARIO

—148

I. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS REALES. CARACTERES DE LOS DE GARANTIA. 1. — Clasificación de los derechos reales. 2. — Caracteres de los derechos reales de garantía.

II. CARACTER "REAL" DE ESTOS DERECHOS. a) Hipoteca. 3. — Origen de la controversia. Criterio de la "desmembración". 4. — Criterio de la "limitación". 5. — Debilidad del criterio de la desmembración. 6. — Argumento de Lafaille. 7. — Argumento de Fomelot. 8. — Argumento del art. 3157. 9. — Argumento del criterio de la limitación. b) Anticresita. 10. — Derecho italiano y francés. 11. — Carácter en nuestro código. c) Prenda. 12. — Carácter de derecho real.

III. DERECHOS REALES "SOBRE COSA AJENA". 13. — Caracterización del viejo aforismo: "venimus rei sui servit". 14. — La llamada hipoteca del propietario.

IV. DERECHOS REALES DE GARANTIA (ACCESORIOS). 15. — Carácter común a la hipoteca, prenda y anticresita. 16. — Función especial del anticresita y de la prenda anticresita.

V. PUBLICIDAD. 17. — Funciones que cumplen el registro y la tradición.

VI. CONVENCIONALIDAD. 18. — Carácter expreso de la hipoteca. Carácter expreso o tácito de la prenda y el anticresita.

VII. INDIVISIBILIDAD. 19. — Carácter común a los tres derechos. Reforma de la ley 11.725 para la hipoteca.

VIII. ESPECIALIDAD. 20. — Hipoteca. 21. — Prenda. 22. — Anticresita.

IX. CALIDAD DEL CONSTITUYENTE. 23. Constitución por el deudor o por un tercero. 24. — Titularidad jurídica que debe tener el constituyente de la hipoteca. 25. — Idem del anticresita. 26. — Idem de la prenda.

X. EXTENSION DE LA GARANTIA. 27. — En cuanto al objeto. 28. — En cuanto al crédito.

XI. MODALIDADES. 29. — En cuanto al crédito garantizado. 30. — En cuanto a la garantía.

XII. PLURALIDAD O CONCURSO DE GRAVAMENES. 31. — Hipoteca y prenda. 32. — Anticresita. 33. — Carácter simultáneo o sucesivo de la concurrencia.

XIII. DISMINUCION O PERDIDA DE LA GARANTIA. 34. — Hipoteca. 35. — Prenda. 36. — Anticresis.

XIV. PRIVILEGIO Y DERECHO DE RETENCION. 37. — Anticresis. 38. — Hipoteca y prenda.

XV. FACTOS PROHIBIDOS Y PERMITIDOS. 39. — Pacto comisorio y otras convenciones.

XVI. OBJETO DEL DERECHO. 40. — Siempre "cosa", 41. — Prenda de crédito.

## I. Clasificación de los derechos reales. Caracteres de los de garantía

1. Aunque Vélez no estableció expresamente una clasificación de los derechos reales, parece haber tenido en cuenta la más generalmente aceptada, conforme a la cual, los derechos reales se dividen según tengan por objeto la cosa propia o la ajena y, estos últimos, según sean de goce o de disfrute, o de garantía. En lo que se deduce del orden seguido por el artículo 2503, que establece cuáles son derechos reales, haciendo una enumeración que podríamos separar así: a) dominio y condominio; b) usufructo, uso, habitación y servidumbres activas; c) hipoteca, prenda y anticresis.

2. La hipoteca, la prenda y el anticresis son los tres derechos reales, sobre cosa ajena, de garantía (y por lo tanto accesorios) legislados en el Código Civil. He aquí enunciados los tres primeros caracteres que integran el concepto de esos derechos y que son, por consiguiente, comunes a todos ellos. Lo dicho, no obstante ser tan elemental, requiere algunas consideraciones respecto a cada uno de los caracteres enunciados y con relación a cada uno de los derechos nombrados.

## II. Carácter "real" de estos derechos.

### a) Hipoteca.

3. En lo referente a la calidad de "reales" que a tales derechos se atribuye, y por lo que hace a la hipoteca, tal calidad ha sido discutida y negada por buena parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera. El origen de esa posición podría encontrarse en el antiguo y erróneo criterio de considerar que el dominio (derecho real *maître*, del que se derivan todos los demás derechos reales), es una suma de facultades, y que los demás derechos reales, de contenido menor, deben forzosamente configurarse separando del dominio una o más de sus facultades para constituir el derecho real sobre la cosa ajena, que vendría a ser así, una "desmembración" de aquel dominio.

4. Este criterio ha sido substituido hace años, sobre la base de una elaboración doctrinaria llevada a cabo por juristas alemanes e italianos, por otro criterio conforme al cual, el dominio no es suma sino variedad infinita de facultades que forman una unidad, y los derechos reales de contenido menor se constituyen mediante una "limitación" de aquél, que queda así com-

primido, produciéndose o no, como consecuencia de tal "compensación", un desplazamiento de facultades del titular del dominio al titular del nuevo derecho real creado. Ejemplo típico en que tal desplazamiento no se produciría, sería el de la clásica "servitus altius non tollendi".

5. Con el criterio de que la desmembración del dominio es el único medio de creación de derechos reales de contenido menor que aquel, bastaría demostrar que tal desmembración no existe respecto de la hipoteca, para negarle a ésta carácter de derecho real, y fue precisamente sobre la base de tal criterio que Marcadé sostuvo que la hipoteca no era un "ius in re", sino un "ius ad rem". Es claro que muchos de los partidarios de la "realidad" de la hipoteca, tratan de demostrar que ella constituye una desmembración, pero no todos sus argumentos son convincentes.

6. El que da Lafaille ("Tratado de los derechos reales", N° 1637), en el sentido de que el concepto de servidumbre del artículo 2970 es tan amplio que en él pueden entrar todos los gravámenes sobre la cosa ajena, inclusive la hipoteca, resulta inadmisibile en cuanto se considere que la frase: "sobre un inmueble ajeno" que el precepto emplea para determinar el objeto sobre el que recae la servidumbre, está demostrando que sólo se refiere a las servidumbres en sentido estricto, que recaen sobre un inmueble y que, por lo tanto, no sólo no comprende a la hipoteca, sino que ni siquiera abarca a las mal llamadas "servidumbres personales", es decir, al usufructo, al uso y a la habitación, ya que el usufructo y el uso pueden recaer también sobre cosas muebles.

7. Al argumento de Fornieles ("Cuestiones de derecho civil", 2a. p.) de que la hipoteca recae sobre el "valor de la cosa" y por lo tanto sobre ésta, podría contestarse que el "valor" no es una cosa sino un mero concepto de relación y faltaría por consiguiente la base del derecho real.

8. Uno de los argumentos más convincentes que esgrimen los partidarios de la realidad (aceptando o no la existencia de una desmembración), consiste en la limitación de las facultades de disposición material y jurídica de la cosa que afecta al constituyente de la hipoteca (arts. 3157 y sigs.).

9. Con el moderno criterio de la "limitación" del poder jurídico del dueño como medio suficiente para la creación de derechos reales sobre la cosa ajena, las objeciones a la realidad de la hipoteca se desvanecen porque, haya o no desmembración, no puede negarse que el señorío del propietario queda limitado, no sólo por las facultades que al acreedor hipotecario otorgan los arts. 3157 y sigs., sino, principalmente, por la de "realizar el bien", convirtiéndolo en dinero, que es, no un derecho sobre el "valor del bien", sino un derecho sobre el bien mismo, es decir, sobre la "cosa": el derecho de disponer de ella ("ius abutendi").

b) *Anticresis.*

10. En el derecho italiano el anticresis no crea un derecho real sino simplemente personal. Así lo establecía expresamente el derogado código

de 1865 y ese es también el criterio del nuevo código de 1942, según la doctrina de ese país. En el derecho francés se discute si se trata de un derecho real, en virtud de sus alcances con relación a terceros (insistencia de "ius persequendi"), y por considerarse que no recae sobre un inmueble sino sobre sus frutos.

11. Vélez dio al anterior carácter de derecho real, pues si bien no le otorgó "ius preferendi" (art. 3235), le otorgó "ius persequendi" (art. 3254), que es más característico que el anterior para la configuración del derecho real, al paso que rebatía la opinión de los autores franceses fundada en el objeto del derecho, sosteniendo que los frutos y el inmueble forman una sola cosa (art. 2329) y su nota y notas a los arts. 3239 y 3254.

### c) Prenda.

12. El carácter "real" de este derecho es indiscutible. Se ejerce mediante la posesión (arg. art. 3203) aunque algunos la niegan admitiendo sólo la tenencia (arg. art. 3227, 1ª parte; art. 3226). Compete al acreedor pignoraticio derecho de retención sobre la cosa recibida en prenda (arts. 3218 y 3221) y "si pierde la tenencia de la cosa puede recobrarla en cualquier poder que se halle sin excepción el deudor" (art. 3227). Tiene pues "ius persequendi" que hace valer mediante la acción reivindicatoria, si bien esa presenta la peculiaridad de que sólo dura tres años (art. 3890). Pero el derecho de retención del acreedor pignoraticio presenta una notable particularidad frente al derecho de retención en general: mientras éste se ejerce en forma absoluta, pues si bien los acreedores pueden embargar la cosa retenida y hacer la venta judicial de ella, el adjudicatario, para obtener los objetos comprados, debe entregar el precio al vendedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por lo que este sea acreedor (art. 3942), en la prenda, en cambio, el derecho de retención del acreedor "no priva a los demás acreedores de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados a satisfacer antes la deuda" (art. 3234, 1ª parte). Resulta así que el derecho de retención en general, que según la mayoría de los autores no da lugar a la existencia de un derecho real, es más fuerte o intenso que el derecho de retención del acreedor prendario. La explicación estaría en el hecho de que, en virtud del privilegio que además tiene el acreedor prendario, éste verá casi siempre satisfecho su crédito, no obstante el alcance limitado de su derecho de retención.

### III. Derechos reales "sobre cosa ajena"

13. Los tres derechos reales de garantía (y, en general, todos los derechos reales de contenido menor), recaen sobre cosa ajena. Ello, en virtud de aquel viejo principio del derecho romano: "termina res sua servit", que sus juristas enunciaron para las servidumbres, porque fueron éstas el primer derecho real sobre cosa ajena en aparecer, pero que puede y debe generalizarse en esta forma: "nadie puede tener sobre una cosa, además del dominio, otro derecho real". La razón del principio es obvia: siendo el dominio



un derecho que comprende todas las facultades posibles sobre una cosa, ninguna facultad nueva puede agregarse, cuando él existe en su plenitud y perfección. Complétese lo que acabamos de expresar con lo que dice la nota al art. 2399, explicando su sentido, y se comprenderá cómo este precepto no es sino una consecutaria del viejo aforismo romano, generalizado.

14. El principio enunciado no rige en legislaciones que, como la alemana, admiten que el propietario pueda ser titular, además, de otro derecho real sobre la cosa de su propiedad, lo que hace que exista allí la llamada "hipoteca del propietario" (Conf.: Allende, Guillermo L.: "Hipoteca del propietario e institutos análogos, conveniencia de su recepción en nuestro derecho" en "La Ley", T<sup>o</sup> 100, pág. 804). En nuestro código no tiene cabida, desde luego, la hipoteca del propietario, con el alcance y la función que desempeña en los países que la admiten, pero se dan, sin embargo, situaciones en las que, por razones de equidad, los intereses en juego se solucionan como si el propietario fuese al mismo tiempo acreedor hipotecario sobre su propiedad (arts. 3182 y 3183).

#### IV. Derechos reales de garantía (Accesorios)

15. La hipoteca, la prenda y el anticresis, son derechos reales accesorios, porque no tienen existencia independiente sino que sólo existen en función de garantía de un derecho creditario al que, por consiguiente, acceden.

16. Pero el anticresis, desde que autoriza al acreedor "a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se debiesen intereses" (art. 3239), funciona también como un medio de pago y, por consiguiente, de extinción de las obligaciones. Otro tanto ocurre con la prenda anticrética del art. 3231.

#### V. Publicidad

17. La tutela de los intereses de las partes que intervienen en la constitución de los derechos reales de garantía y la tutela de los terceros que necesitan conocer (y que deben respetar) tales derechos, se logra mediante la publicidad. Un medio idóneo de publicidad, que merezca propiamente el nombre de tal, ha sido organizado por el código civil solamente para la hipoteca, mediante el requisito de su inscripción en un registro que juega como elemento esencial solamente con relación a terceros (art. 3155). Para la prenda y el anticresis (como para todos los demás derechos reales) el código sólo requiere la tradición que, más que como medio de publicidad —pues como tal sería muy deficiente—, funciona como el medio más adecuado para investir al titular del derecho real del poder o señoreo que el mismo implica. Es claro que, si respecto de la hipoteca (como respecto de las servidumbres) no se hace tradición de la cosa sobre la que tales derechos recaen, es porque, como dice Freitas, "no se hace necesario por la propia

indole de tales derechos, cuyo ejercicio no impide la continuación de la posesión del titular del dominio" (nota al art. 317 del "Esbozo").

## **VI. Convencionalidad**

18. Tanto la hipoteca como la prenda y el anticresis son convencionales. No existe en nuestro derecho la hipoteca judicial ni la legal lo mismo ocurre con relación a la prenda y al anticresis. Pero mientras para la constitución de la hipoteca se requiere una convención expresa (arts. 3115 y 3130), la prenda y el anticresis, aparte de su constitución normal, en forma expresa, pueden surgir por una expresión tácita de la voluntad de las partes, que el código tiene por producida cuando se dan las situaciones que contempla en los arts. 3218 y 3261. Son las llamadas prenda y anticresis "tácitas" con terminología que algunos critican, porque "tácitas" se llamaban también a las hipotecas legales, que surgían por voluntad exclusiva de la ley, mientras que aquí la ley no hace más que presumir la voluntad de las partes.

## **VII. Indivisibilidad**

19. La indivisibilidad es un carácter común a los tres derechos reales de garantía legislados por el código. Consiste en el hecho de que la totalidad de las cosas afectadas a la garantía y cada parte de ellas garantizan el pago de toda la deuda y de cada parte de ella arts. 3112 al 3114, 3235, 3235 y 3245). Se trata de un carácter no esencial sino simplemente natural y, por lo tanto, puede ser dejado sin efecto por las partes. En virtud de la reforma introducida al código civil por la ley 11.723, puede también ser dejado sin efecto por los jueces en la ejecución de bienes hipotecarios siempre que de ello "no se siga lesión al acreedor" (art. 3112). La frase precedentemente transcrita podría hacer pensar que en la mente del legislador sólo estuvo presente la posibilidad de que la enajenación en blocs y consiguiente cancelación parcial de la hipoteca pudiese ser pedida por el deudor. No obstante, como el precepto no indica quienes pueden peticionar, ha podido resultar buena parte de nuestra doctrina que también pueden hacerlo el acreedor y los acreedores hipotecarios de grado ulterior (Lafaille, N° 1677; Prayon-Dassen-Laquis, p. 34; Díaz de Gujardo en J. A., t° I, p. 840; Camarasa, N° 67 a); Fernández, t° I, N° 327).

## **VIII. Especialidad**

20. Este requisito juega en un doble aspecto: especialidad en cuanto a la cosa que sirve de garantía y especialidad en cuanto al crédito garantizado. En la hipoteca, la exigencia de esta condición, que es de fondo y de forma al mismo tiempo, significa la prohibición de las llamadas "hipotecas generales", porque recaen sobre la generalidad de los bienes del deudor o porque garantizaban en general todos los créditos que contra él tuviese su acreedor, pudiendo inclusive abarcar bienes y deudas futuras. La especialidad en cuanto al objeto consiste en la individualización de la cosa o cosas

afectadas a la garantía (arts. 3109 y 3131, inc. 3<sup>o</sup>). La especialidad en cuanto al crédito significa la individualización del mismo en una suma cierta y determinada de dinero (arts. 3109 y 3131, inc. 4<sup>o</sup>).

21. Para la prenda la doble especialidad es exigida por el art. 3217: mención del importe del crédito e indicación de todos los datos necesarios para individualizar la cosa. Pero este requisito sólo es tal frente a los terceros, no siendo necesario entre las partes, para las cuales la especialidad en cuanto al objeto queda cumplida con el desplazamiento de la cosa.

2. Para el anticresis no requiere el código la especialidad por lo cual pareciera que la única existente es la que se deriva, en cuanto al objeto, de la entrega del mismo al acreedor; pero ello es así solamente entre las partes, para frente a los terceros la doble especialidad surgirá de las enunciaciões de la escritura pública que deberá otorgarse (art. 1184, inc. 1<sup>o</sup>).

## **IX. Calidad del constituyente**

23. En principio común a los tres derechos, que ellos pueden ser constituidos no sólo por el deudor, sino también por un tercero en cuanto al crédito, que no sea, por consiguiente, tampoco fiador, y que responderá, por lo tanto, solamente con la cosa afectada a la garantía. Así lo establece el código expresamente para la hipoteca en el art. 3121 y para el anticresis en el art. 3239 y así resulta también del art. 3221 para la prenda.

24. En cuanto a la titularidad jurídica que debe invertir el constituyente, y por lo que hace a la hipoteca, el código exige la calidad de propietario del inmueble que se grava (art. 3119), y lo exige en forma enérgica, como que es éste el único caso de excepción al principio de la convalidación de los derechos reales enunciado en el art. 2504 del código civil (art. 3126). En cuanto a la hipoteca constituida por el condómino, sea de su parte indivisa, sea de una parte material o de la totalidad del inmueble en condominio, la suerte del gravamen queda suspendida en todos los casos al resultado de la partición (arts. 2678, 2683, 3123 y 3124). En los casos en que la hipoteca produce efectos por la adjudicación del inmueble gravado al condómino que constituyó el gravamen, no se da un caso de excepción a la excepción anteriormente indicada, es decir, que la hipoteca resulta válida no por virtud del principio de la convalidación, que no juzga en ese caso, sino en razón del efecto declarativo (y por lo tanto retroactivo) de la división.

25. En el anticresis, dado que la garantía se circunscribe al "tus frutos" (sin perjuicio de que los frutos formen parte integrante del inmueble), el gravamen puede ser constituido no sólo por el propietario, sino también por quien tenga derecho a los frutos del inmueble (art. 3241), como el usufructuario (art. 3242), mientras dure el usufructo (art. 2870) o el marido respecto de los frutos del inmueble de la mujer, mientras dure el matrimonio o mientras no suceda una separación de bienes (art. 3243).

26. Tocante a la prenda, dada la naturaleza mueble de las cosas sobre las que puede recaer este derecho, la situación es muy distinta; no siendo la cosa cobrada o perdida y siempre que el acreedor prendario sea de buena fe, es decir, siempre que él haya creído que el objeto pertenecía al constituyente, la prenda resulta válida aunque el constituyente no sea propietario de la cosa gravada —arts. 3213 y 3781.

## X. Extensión de la garantía

27. En cuanto al objeto, tanto para la prenda como para la hipoteca el código establece expresamente la extensión de la garantía a los accesorios, a los frutos y a las acciones de la cosa gravada: art. 3110 para la hipoteca y arts. 3231 y 3232 para la prenda. Lo mismo para el anticresis (art. 3249), donde no existe una disposición expresa con respecto a las acciones de la cosa, correspondiendo no obstante aplicar el mismo principio. Porque el caso hallado en un inmueble hipotecado o dado en anticresis, no es un accesorio del mismo (art. 2518), no está comprendido en la hipoteca ni en el anticresis (art. 2566).

28. En cuanto al crédito, el gravamen garantiza tanto el principal como los accesorios y el código así lo establece expresamente para la hipoteca (arts. 3132, 3111 y 3096), para la prenda (arts. 3229 y 3231 y para el anticresis (art. 3245).

## XI. Modalidades

29. Las modalidades en los derechos reales de garantía deben ser consideradas en un doble aspecto: en cuanto al crédito garantizado y en cuanto a la garantía misma. Con relación al primer aspecto, ninguna duda se suscita por lo que hace a la hipoteca y a la prenda. A la hipoteca se refieren los arts. 3116, 1ª parte, al final: "la hipoteca puede constituirse: ... por una obligación condicional" y 3153: "la hipoteca garantiza los créditos a término, condicionales o eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples". Para la prenda establece el art. 3204 que ella puede asegurar "una obligación cierta o condicional, presente o futura". La duda puede suscitarse para el anticresis ante el silencio de la ley, pero podría aceptarse la misma solución que para la hipoteca y la prenda argumentando con la existencia de la prenda anticresítica (art. 3231).

30. Con relación a la garantía misma, la solución es clara para la hipoteca, cuya constitución bajo cualquier condición, y desde un día cierto o hasta un día incierto está expresamente autorizada (por la ley (art. 3116, 1ª parte). Respecto a la prenda y al anticresis, sobre los que guarda silencio la ley, nada impediría las modalidades con efecto resolutorio; en cambio, las de efecto suspensivo no se conciliarían ni con el carácter real de los contratos por medio de los cuales tales garantías se constituyen (arts. 1141

y 1142), ni con la necesidad de la tradición para la constitución del derecho real (arts. 577 y 5265).

#### **XII. Pluralidad o concurso de gravámenes**

31. La posibilidad de concurso o pluralidad de gravámenes sobre un mismo objeto, está contemplada en diversas disposiciones para la hipoteca (arts. 3934, 3136, nota 3936, etc.) y para la prenda (art. 3210).

32. Respecto al anticresis la ley guarda silencio, lo que no impide la posibilidad de concurrencia de gravámenes, en la misma forma que para la prenda (art. 3210 y arg. art. 3231).

Debe tenerse presente que tanto para la hipoteca como para la prenda y para el anticresis, los gravámenes pueden concurrir en forma simultánea (en el mismo grado) o en forma sucesiva (en grados diversos).

#### **XIII. Diminución o pérdida de la garantía**

34. Este tópico lo contempla el código en forma directa, sólo para la hipoteca, acordando al acreedor el derecho de exigir la restitución de la garantía o, en su defecto (entendamos que se trata de una opción), el de dar por caducado el plazo para el pago (arts. 3159 y 3161).

35. Para la prenda corresponde aplicar las mismas soluciones no obstante no contemplarlas el código en forma genérica, sino sólo para el caso particular de que el acreedor devuelva la prenda ajena que creía de su deudor, al verdadero dueño que la reclama (art. 3215).

36. Tocando al anticresis, la ley tampoco se ocupa de esta cuestión, pero puede sostenerse la misma solución que para la hipoteca y la prenda argumentándose "a fortiori" con el art. 3257, 2º parte.

#### **XIV. Privilegio y derecho de retención**

37. El anticresis no otorga privilegio al acreedor anticresista sobre el precio de venta de la cosa (art. 3235) a diferencia de lo que ocurre en la prenda (y en la hipoteca), pero el derecho de retención del anticresista es superior al del acreedor pignoraticio, mientras para éste tiene, según vimos, un carácter más relativo, limitado al deudor y terceros en general, cuando frente a los acreedores si éste ejerce su facultad de vender la prenda (art. 3234), para el acreedor anticresista reviste carácter absoluto (art. 3234).

38. La hipoteca y la prenda otorgan privilegio al acreedor, pero mientras para la primera el código lo entiende expresamente al capital, intereses debidos de dos años y los que corren durante el juicio de ejecución hasta el efectivo pago (art. 3936), no se expresa en ninguna de las disposiciones que se refieren al privilegio del pignoraticio cuál es su extensión (art.

3234, 3089, 3907 y 3913), por lo que pueden suscitarse dudas respecto a si el privilegio se extiende a los intereses. Al argumento de que lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal, para sostener la extensión del privilegio del acreedor pignoraticio a los intereses, podría contestarse que los privilegios deben estar expresamente establecidos y son de interpretación restrictiva; que para la hipoteca la ley consideró necesario establecer expresamente la extensión del privilegio a los intereses y que esa extensión no la contagió en forma absoluta.

## XV. Pactos prohibidos y permitidos

39. Para los tres derechos reales de garantía rige la prohibición del pacto comisorio en virtud del cual se autorizase al acreedor a apropiarse de la cosa gravada para pagarse así de su crédito. Para la prenda lo veda expresamente el art. 3222, autorizando en cambio el art. 3223 la convención de que la prenda pertenecerá al acreedor por la estimación que de ella se haga al tiempo del vencimiento de la deuda. Para el anticresis se prohibe tanto como otra posibilidad (art. 3232), y sólo se autoriza la venta que antes o después del vencimiento de la deuda puede efectuar el deudor al acreedor (art. 3235). En cuanto a la hipoteca, la prohibición surge "a fortiori" del art. 3169, ya que, conforme a lo que ese precepto, ni siquiera el abandono del tercer poseedor, autoriza a los acreedores para apropiarse al inmueble o conservarlo en su poder, y su derecho respecto de él, se reduce a hacerlo vender y pagarse con su precio.

## XVI. Objeto del derecho

40. Por definición los derechos reales no pueden tener por objeto sino "cosas" (nota al título IV del libro tercero), porque las cosas son uno de los dos elementos esenciales de todo derecho real (nota al libro tercero), a tal punto que en la legislación y en la doctrina las expresiones: "derechos reales" y "derechos de cosas" se emplean como equivalentes. "Cosas", desde luego, en la acepción técnica que le dio Freixas (art. 317 del "Esbozo") y que adoptó Vélez en nuestro código: "objetos corporales susceptibles de tener un valor" (art. 2311). Objeto de la hipoteca, de la prenda y del anticresis serán pues siempre, necesariamente, "cosas", y la única diferencia entre tales garantías (respecto de su objeto), estribará en la naturaleza inmueble del objeto de la primera y de la última y en la calidad de mueble que deberá revestir el objeto de la segunda.

41. Lo expuesto hace necesaria una explicación con respecto a la prenda, ya que el código legisla sobre la "prenda de créditos" (así como también legisla sobre el usufructo de créditos), y podría caer en el error de pensar que un derecho real puede tener por objeto un derecho crediticio, es decir, una obligación, y que recaerá, por lo tanto, para su ejercicio, de la intermediación de un deudor, lo que sería dar por tierra con las no-

ciones más elementales que integran el concepto del derecho real (nota al inciso IV del libro tercero), entre otras la inexistencia del mercado intermediario y la necesidad de un "objeto actual". Lo que ocurre en la llamada "prenda de créditos" (al igual que en el "usufructo de créditos"), es que el "objeto actual" de la prenda no es el crédito, sino el título que lo instrumeta y es, precisamente, por ello que "no puede darse en prenda el crédito que no conste de un título escrito" (art. 5212). Las cosas que en virtud del crédito debía entregar el deudor del mismo a su acreedor (deudor pignoraticio) y que en virtud de la prenda deberá entregar en cambio al acreedor pignoraticio (acreedor de su acreedor) sólo son con relación al derecho real (prenda), "objeto futuro", y sólo serán "objeto actual" de la prenda cuando sean entregadas al acreedor prendario. Como se ve son siempre las cosas y no el crédito el objeto del derecho real (Conf. arg. arts. 4346 a 4348 del "Ejercicio" de Freitas; Comp.: Allende, Guillermo L.: "Clases de derechos reales", 1999, p. 15 y Ruzomanno, Mario César: "El objeto de los derechos reales" en *Lecciones y Ensayos*, 1999, N° 10/11, p. 157 y sigs.).





## EL DICTAMEN JURIDICO

### (ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE SU FORMA, CONTENIDO Y FUNCION)

POR JUAN CARLOS LUQUE

SUMARIO: I. Generalidades. — II. Falta de reglas; Consejos útiles que conviene tener presente. — III. Importancia y función del dictamen. — IV. Temas previos a la elaboración del dictamen. — V. Método para la elaboración del dictamen. — VI. Conclusión.

#### I. Generalidades.

1. — El dictamen es opinión fundada en ciencia o arte emitida por un especialista; si versa sobre cuestión jurídica debe apoyarse en derecho. Etimológicamente quiere decir opinión o juicio que se forma o emite sobre una cosa. Viene el verbo *dicere*

No hay reglas que determinen la forma y mucho menos la sustancia de los dictámenes, lo cual importa un inconveniente para los profesionales sin experiencia en esta clase de trabajos.

Algunos suponen que dictaminan dando un parecer; otros piensan que es la escueta o incondicional adhesión a un informe o petición, entre los que no faltan aquéllos que se espidan diciendo: "Me parece que puede hacerse tal o cual cosa". Todas estas son formas incipientes. Y pecan por exceso los dictámenes que en prolijidad compiten con los trabajos del seminario, de modo que en el afán de agotar la investigación agobian al lector y no desempeñan su función propia.

El dictamen es una pieza técnica donde más cuidado debe ponerse para procurar un adecuado equilibrio en cuanto a la forma, extensión y contenido.

Debe recordarse que las consultas fueron las que originaron el "jura consultorum", de donde proviene la voz juriconsulto (1). La ciencia jurídica se renueva y perfecciona, entre otros medios, por gravitación de los dictámenes, que también coadyuvan en el mejoramiento del derecho positivo. En el ámbito de la Administración pública el dictamen representa el fundamento legal de las resoluciones de importancia.

A pesar de cumplir función de gran valía, el dictamen no ha merecido trabajos profundos, a diferencia de otras piezas que salen de los abogados.

2. — Dado que el dictamen es opinión de un experto, es prudente tener en cuenta que el diploma de abogado no importa una certificación de idoneidad en todas las numerosas y complejas asignaturas de la carrera.

Verdad es que para ser asesor se requiere estar graduado en las facultades de derecho, pero el conocimiento a fondo de la especialidad, relacionado con las tareas de la repartición administrativa en que el asesor se desempeña, sólo se logra con el esfuerzo personal, cuya eficacia está asegurada en virtud de la ilustración básica que el diploma de abogado acredita. Con dedicación un abogado en poco tiempo puede desenvolverse satisfactoriamente en sus tareas de asesoramiento, cualquiera sea la especialidad requerida por los servicios que desempeña la institución pública o la repartición administrativa a que pertenece. Con relación a las "especialidades" es bueno advertir que no debe exagerarse. En efecto, el excesivo parcelamiento de las ramas en que por razones didácticas y científicas se viene dividiendo el derecho, trae consigo el olvido de esa unidad conceptual, orgánica y funcional del derecho y con ello el propio especialista reconoce la falta de conocimientos básicos para su propia especialidad. Algunos llegan a colocarse en un plano tan "autónomo" que nos recuerda aquello que Ramón y Cajal les dedicaron con no poca ironía (2).

3. Quienes tiene que iniciarse en tareas de asesoramiento legal encuentran escasos elementos ilustrativos acerca de cómo deben hacerse los dictámenes en la Administración pública. Buenos modelos son, entre otros, los compilados en la obra publicada por el Ministerio de Educación "Dictámenes en lo administrativo de los procuradores generales de la Nación" (1863-1917) y los *Dictámenes de la Asesoría Legal de la*

1 Bering, "Epitome del derecho romano" trad. española, s/D. Madrid T. 3, p. 118.

2 "Los Tórculos de la Valentía", Ed. Espasa Calpe, Bs. As. 1941, p. 63. El especialista trabaja como una larva, asomado sobre una hoja y fertilizando la ilusión de que su pequeño mundo se mueve aislado en el espacio; el científico general, desde su sentido filosófico, entreteje el hilo común a muchas ramas. Pero sólo el gran del saber a que accen suscitancias, gestiona de la dicha y del poder de contemplar el orbe entero, suso en la ciencia, múltiple e infinito en sus formas, una en sus principios.

*Municipalidad de Buenos Aires* (1887-1910; 1932 y 1938-1939); también los dictámenes del Dr. Faustino Legón, publicados bajo el título *"En la defensa fiscal de Buenos Aires"* (1945) y las *"Fórmulas Fiscales"* del Dr. Jerónimo Cortés (1887), que no obstante relacionarse con dictámenes en la esfera judicial cabe mencionarlos por su mérito doctrinario.

Naturalmente, un principiante no puede exigirse, a sí mismo, llegar a la altura de los ilustres maestros a quienes pertenecen los trabajos señalados. Y además de la pericia, esos dictámenes son la flor y nata de un ingente caudal de donde han sido seleccionado por la complejidad del asunto o por el excepcional mérito de cada uno de ellos. Estas reflexiones sirvan para no dejarse deprimir por tan depurados modelos, ya que lo usual es que la tarva no seja planear a tanta altura.

Lo cierto es que sobre la materia no hay reglas ni formas corrientes, por lo que la personalidad del asesor tiene menos trabas para adoptar el estilo de dictámenes que mejor cuadre a su cultura, temperamento y capacidad de trabajo.

## II Falta de reglas; consejos útiles que conviene tener presente.

4. La capacidad científica y responsabilidad del autor determinan la forma y contenido del dictamen; respecto a éste, poco podría hacer las reglas si falta la capacidad, pero el método y la sujeción a normas forjadas por la experiencia y la reflexión contribuyen a realzar el mérito sustancial de esta especie de trabajos.

Algunas veces la importancia del asunto, su complejidad o resonancia actúan en el ánimo de quien debe examinarlo; son factores que influyen con distinta intensidad según la persona.

Si desconocer que la ilustración y la técnica son fundamentales en el asesor, su carácter y moral son tan indispensables como aquéllas y quizá más en ciertas oportunidades. Hay asesores a quienes contraría ser asertivos; prefieren ofrecer varias soluciones en lugar de propiciar una sola. Parecería que llevan prendido aquello de Gracían: *"Saber hacerse a todos. Discreto Proceso; con el dedo docto y con el asno, santo, Gran arte de gustar a todos, porque la semejanza conlleva la benevolencia"*.

No desconocen algunos el peligro de las afirmaciones; más de una elección o ascenso se ha frustrado por no haber querido decir que sí o que no, pero mucho más digno, y hasta ventajoso es formarse la convicción de que los juicios categóricos libran y consolidan el prestigio, que es lo digno de más cuidar.

5. En punto al carácter, que tanto en el dictamen como en cualquier orden de la vida en lo que vertebra la obra del hombre, lo mismo que

la moral que lo anima y sostiene <sup>(5)</sup> casi sobra decir que lo necesita a menudo para preparar dictámenes que sean algo más que fuegos fatuos.

Para algunos cambiar de opinión es maniobra que ayuda a sustraerse a las fuerzas de la corriente. Aunque a desgracia cambian la opinión que la víspera defendieron; la rectificación, si sinuosa, es tan plausible, como condensable cuando es acomodaticia y forzada. La pertinacia en el empleo de rectificaciones maliciosas es de tanta peligrosidad como la reincidencia en el delito.

Si la opinión fuese de índole política o económica, el cambio suele ser el resultado de la mutación de circunstancias; son materia fluctuantes por naturaleza. Pero en materia jurídica la oportunidad puede fundar, en ciertos casos, algunas variantes en la apreciación, aunque conviene no confundir "oportunidad" con "oportunismo". Volviendo a Gracián: *"En materia de cordura la variedad es fra. Hay algunos que cada día son oros de sí; hasta el entendimiento tienen desigual, cuando más lo venieren. El que ayer fue blanco de su sí, hoy es el negro de su no, disminuyendo su propio crédito y deslumbramiento el ajeno concepto"*.

Si a quienes carecen de especialidad o profesión, al mudar de opinión no les luce, los afea y menos caba a los que tienen por más de aclarar el ajeno pensamiento.

Quien no conoce no tiene por qué saber que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Su ignorancia cubre la sospecha de torpeza que pudiera despertar la mudanza de su parecer. La excusa no ampara a quien ostenta un saber y asume el arduo deber de aclarar dudas con la ilustración y la prudencia, que presuponen honradez.

6. Es repocijante advertir la inestabilidad de ciertos juicios, aunque sean de buena fe. No pocos son los que por apresuramiento comprometieron opiniones que luego rectifican. El pecado de *dilatativismo* y el afán de ser novedosos conduce a formular afirmaciones sin previa reflexión, haciendo propia la mal digerida opinión de algún autor.

No faltan quienes se entusiasman con teorías elaboradas con esmero y publicadas con desaprensión; ni los que por torpeza o descuido se apresuran a sostener al pie de la letra lo que bien se enseña pero que es inaplicable en el ámbito de nuestro derecho.

El sentimentalismo o la conveniencia del momento suelen inclinarse hacia soluciones rebidas con la legalidad. Más fácil que buscar con empeño la coincidencia entre la justicia y la ley, es ocultar violaciones al texto legal, mediante subterfugios interpretativos que menoscaban la autoridad de la ley y el respeto que le es debido.

<sup>5</sup> Betis, "La Abogacía", Bn. An., 1943, p. 22.

Tan fuera de función está el asesor sentimental como el faccioso, que todo lo ve conformado a su fanática ideología, con lo que sale maltrucha la juridicidad, que es ordenamiento de valores e intereses, no escudo de banderita. Los odios son malos asesores, porque no colocan a la ley en el plano dominante que el intérprete debe tener como inescismible base de sustentación. Los sentimientos son fuerza vital en el hombre y en el derecho, pero tienen que ser, como lo expresa Lifting: "El sentimiento sano, enérgico y viril de la legalidad, he aquí lo que exaltaba el orgullo del pueblo romano. El derecho, más que sencilla fuente de gozos y satisfacciones intelectuales, fue objeto de ensoblecimiento moral (\*).

7. En momentos de renovaciones políticas y espirituales suelen aparecer improvisados juristas; su colaboración consiste en sustentar las soluciones sobre una base invariable: *el ideario de la hora, el estado actual de la conciencia pública, la técnica de la acción impertergible* u otras expresiones que serían equivalente si tuvieran valor alguno.

De contar con algún bagaje de instrucción, y algo más de buena fe, podrían prestar el positivo servicio de consolidar las soluciones creadas por el derecho o adecuarlas, en lo poco que sea necesario, a los requerimientos saludables del momento. Para estas dos cosas son necesarias: una sólida preparación jurídica —no sólo especialidad— y una fuerte y "tranquila" personalidad.

La adecuación es todo lo contrario de destrucción de un bien humano, consolidado lento y trabajosamente gracias al esfuerzo de los juristas que afinan y pulen lo que desde siglos atrás comenzaron a forjar sus antecesores. Pero la tarea del asesoramiento no es la del jurista creador, más modesto es el objetivo del asesor.

Esforzarse por que una ley anacrónica satisfaga las necesidades opuestas a las que motivaron su sanción, es atribuir a la interpretación un poder de que carece, con el nocivo resultado de deformar el derecho, quitándole la majestad que es la levadura de su vigencia. Claro que más sencillo es salir del trance con el auxilio de peregrinas interpretaciones en lugar de promover reformas legislativas. La tarea renovadora se hace más ardua en los momentos actuales, donde en el amplio e intrincado campo de la economía y de la política se presentan a diario nuevas situaciones cuyas cambiantes y fugacidad parecen impedir su análisis y la concepción de las soluciones o encauzamientos. A esta dificultad contribuye la confusión que ha traído la aparición de verdaderos "cardinales" de economistas, cada uno de su novedosa teoría y casi siempre enfocando el problema desde una sola de sus caras. Nada se diga de los modernos "políticos" convertidos en economistas (?) por el solo hecho de actuar en el escenario de la lucha y no hacerlo en la serena tranquilidad de los claustros universitarios, donde las cosas se ven más claras porque no hay pasiones.

\* Op. cit., t. I p. 376.

### III. Importancia y función del dictamen.

8. La trascendencia económica, política o social que puede tener el dictamen, para mejor resolver casos análogos, servir de pauta a la preparación de reglamentos o instrucciones, rectificar rumbos o imponer nuevas normas legales, son puntos reservados a los que sienten inclinación por este género fecundo de trabajo.

El dictamen no se emite para agradar o conformar; sino para orientar y también ilustrar. Tampoco es admisible que se emplee el dictamen como arma de política proselitista; aquí, además de usarlo en una función que no es la que corresponde, el asesor se desnivele, aunque con ello pueda lograr algún ascenso o triunfo palaciego. El dictamen es un consejo que se da sobre una cuestión o asunto. Puede no ser aceptado, pero entonces la responsabilidad, si la hay, recae directamente en el funcionario que decide.

No pocos prefieren ser complacientes, lo cual puede traer más de una desventura; esto no significa cerrar los ojos ante los intereses en juego, pero en esta apreciación del interés lo dominante tiene que ser el derecho; que se cumpla la norma con sana rectitud y sin causar lesión injusta e irreparable.

Vale más el prestigio de la norma jurídica que prestar ilegítimo amparo a los intereses particulares. Cuando éstos sean respetables es más probable que encuentren protección en el derecho bien manejado. Pero lo que a menudo se comprueba es cierta impericia en su manejo, especialmente por parte de jóvenes impacientes que reclamaron, como premio por la actuación en la lucha política, altos cargos de asesores que siempre se reservaban a abogados probados. No es tirando bombas, haciendo ruido o planeando revoluciones como se ilustra el criterio jurídico. Aunque loable y digna es la actitud revolucionaria, prechamente cuando se lucha por el derecho, no es ese el medio adecuado para aprenderlo.

No hay que olvidar que detrás de todo dictamen está la Administración pública, o sea al Estado. La fragilidad de las argumentaciones, los dictámenes de benevolencia, favor, parciales o interesados, hacen daño por igual a quienes los firman y al Estado. Por lo general, las críticas caen directamente sobre quienes gobiernan más que sobre los mismos autores. Estos, sin ser políticos, deben tener acorrido político, lo que no es lo mismo, porque su labor no puede ni debe desentendiarse en un plano de completo aislamiento de lo que debe y tiene que considerarse de manera primordial, es decir, el interés público. Para esto habrá que salirse de la "especialidad".

9. El abogado se identifica con el cliente; el asesor se encuentra en posición intermedia; actúa, parte como abogado del Estado y parte

como funcionario público. No le es permitido defender otra cosa que la regular aplicación del derecho ni tampoco pensar que por ser abogado de la Administración deba constituirse en enemigo del particular. Si constata una injusticia, tiene la obligación de observar la irregularidad del acto que la produce, sin que tal posición pueda interpretarse como que defiende intereses contrarios a los que le están encomendados. En el propio beneficio del Estado es aconsejable el respeto por los intereses particulares legítimos, aunque sólo fuera por evitar el riesgo de que los particulares afectados encuentren en la autoridad judicial el amparo que les negó la autoridad administrativa. No es difícil afirmar que muchos de los actuales "recursos de amparo" tienen su causa en la débil actuación de no pocos asesores.

10. Quien dictamina tiene una doble responsabilidad: primera, la responsabilidad y reputación del funcionario llamado a decidir; la de cuidar la regular aplicación de la norma jurídica, con lo que cuida otra le es propia, está consagrada por el Código penal (art. 272). Por sobre estas responsabilidades está el buen nombre y reputación del asesor.

Por lo común, el juicio recto y bien fundado no satisface a muchos, de momento, cuando la conclusión es adversa a los intereses que mueven el asunto, aunque sean lícitos y hasta plausibles en aspectos no legales (económicos, políticos, sociales). Conviene advertir que el asesor no ejerce la función de fiscal ni puede perturbar antojadizamente las funciones del órgano administrativo. Su deber consiste en agotar todos los medios de interpretación antes de oponerse a la ejecución del acto cuya procedencia se le consulta; de otra manera la Administración pública se vería sensiblemente trabada por un funcionario que debe concurrir, dentro de lo que la sana y recta interpretación jurídica aconseja, a la realización de funciones que tiene por fin el servicio público. En el análisis del problema, el asesor debe valorarlo en su conjunto, de manera integral, en función de las "consecuencias" jurídicas que puede traer consigo.

#### IV. Tareas previas a la elaboración del dictamen.

11. Difícil es que el asesor, tenga el tiempo corrido necesario, dentro del horario administrativo, para estudiar un completo asunto. Los complicados han de estudiarse fuera del despacho, en lugar propicio a la meditación. No desconocemos lo difícil que es hacer comprender esto a cierto personal administrativo que, por propia razón de sus funciones, creen ver la disciplina sólo en el cumplimiento del horario. Pero estos son riesgos que los abogados deben aceptar con tranquilidad, porque la organización administrativa obliga a sacrificar muchas veces la "calidad" por la "cantidad de horas en la oficina" (?). Es recomendable, al estudiar un problema, no restringir con exceso el campo de

observación; a menudo el examen de un punto ofrece oportunidad para formarse un apreciable caudal de ilustración y para ubicar el asunto en su terreno propio. El amor por el estudio y la saludable duda sobre la propia suficiencia, tal vez no sean hábitos corrientes, ni en los asesores que llegan al cargo después de dilatado alejamiento de la profesión o en procura de mayor remuneración en una carrera burocrática, ni en aquellos que, recién recibidos, ya quieren sobrepasar con altos cargos de asesores. Pero lo cierto es que a un buen asesor le complace el estudio y por sobre todo la consulta con abogados de mayor experiencia.

12. El asesor debe hacerse a la idea de que su profesión no pierde dignidad por el hecho de estar empleado; no tiene jamás que burocratizarse, lo que demanda un esfuerzo moral más enérgico que el intelectual requerido por la naturaleza de su tarea.

Deberá tener presente que en cada expediente existe un derecho o interés legítimo comprometido; que la demora en substanciar el asunto puede acarrear perjuicios, a veces irreparables. Y, por sobre todo, que el interés del Estado finca en que no se den largas al expediente. En este aspecto los asesores pueden hacer mucho en beneficio de la Administración, precisamente cuando hay necesidad de ordenar el procedimiento, muchas veces a sabiendas "embarullado" para que el asunto no pueda resolverse a causa de alguna que otra irregularidad, que de esa suerte puede pasar desapercibida. En no pocas oportunidades el asesor, sin dictaminar, pero poniendo orden en las actuaciones, ha salvado más de una situación. Aquí es donde el asesor, además de técnico en derecho, debe ser muy idóneo en la dinámica administrativa.

13. Lo primero es leer con esmero la consulta. Es analizarla. Hay que hacerse la obligación de no formar juicio de primera intención, porque después resulta difícil rectificarlo. Si a la consulta no se la considera completa o precisa, prudente es recabar mayores antecedentes o que se amplíen los informes. No angustiarse porque le apremien. Mucho cuidado con las urgencias y las consultas sin acompañar los antecedentes. La precipitación puede causar descrédito y hasta responsabilidad. No olvidar que la opinión del asesor, por lo general se conviene en la sustancia de la decisión, porque la Administración actúa en virtud de facultades regladas, cuyo alcance respecto al caso particular es determinado por el dictamen.

Un mismo problema ofrece distintos aspectos para el economista, el político o el jurista; cada uno de los cuales valora y precisa la cuestión de manera diferente. Al asesor le incumbe señalar la solución legal del problema. Actúa a modo de regulador; encausa los impulsos y propósitos que mueven la actuación administrativa. Esto, decir no quiere, que deba prescindir de aquellas otras valoraciones, pero siempre con el fin expuesto.



14. La redacción de las consultas o de las piezas que forman las actuaciones, muchas veces es oscura, desordenada y hasta contradictoria. Como el asesor no puede pretender que se rehagan las actuaciones para que sean más claras y metódicas, tiene forzosamente que ponerlas en orden y en claro para apreciar su sentido y plantearse los problemas sobre que se le pide dictamen.

Si la consulta versa sobre una reglamentación o instrucción interna, bueno es primero averiguar qué es lo que realmente se persigue. Porque puede ocurrir que el problema desaparezca merced a una variante en la rutina: retoques en la redacción de una planilla, aclaración del significado de una norma interna, etc.

15. Igual consideración debe merecer la teoría que la práctica, para que el pensamiento no se divorcie de la realidad. Sería agravar la perplexidad citar precedentes de antecedentes que provinieran de una época o de un lugar esclavizados a ideas o conceptos incompatibles con las particularidades de la actual vida institucional, económica y administrativa.

Tampoco debe rendirse vasallaje a la jurisprudencia, sin verificar, siquiera por curiosidad, cuál es la consistencia de sus fundamentos. Liberarse del empirismo no quiere decir prescindir de las buenas prácticas a cuyo favor cuenta la presunción de que son el fruto de una larga experiencia.

16. Un consejo más: cuidarse de aquéllos que quieren hablar con el asesor para explicarle mejor el asunto o ponerse a sus órdenes para cualquier aclaración, pues lo usual es que tengan otros menos generosos propósitos. Esto no quiere decir que deba temérselos temor, sino cirlos con cautelosa desconfianza, susceptible de que sea desvirtuada en algún caso. A los amigos de los que gobiernan tratarlos con la misma atención que a los opositores o a los neutros porque en cuestiones legales de nada sirven, para el mejor dictamen las amistades o los inamistades.

#### V. Método para la elaboración del dictamen.

17. En el examen de un problema jurídico lo primero es separar lo fundamental de lo secundario. En ese proceso de desintegración y análisis, verdadera química del derecho, el asesor debe buscar los elementos primarios del problema. Obtenida la separación, la tarea se tornará sencilla, como que la aplicabilidad de las normas legales consiste en una simple operación silogística. Lo difícil es separar, aislar, delimitar, en cuanto a un problema, todos esos elementos que se mues-

van entrelazados, confundidos y formando un conjunto heterogéneo y abigarrado (3).

Esa integración con los elementos substanciales contribuirá a ratificar el primer enfoque. La revisión del juicio que nos hemos formado, aunque sea provisoria, es tarea fecunda aunque angustioso resultado el riesgo de comprobar el propio error.

En casos intrincados es aconsejable poner un paréntesis en el estudio. Cuando no se logra desentrañar la solución, a pesar de una empeñosa búsqueda, conviene interrumpir la tarea y dejar que la decantación obra su labor clarificadora. El subconsciente ayuda muchas veces en esta tarea. Claro está que el éxito consiste en seguir pensando, no distraer el espíritu en otras ocupaciones que no tengan vinculación con el derecho, de ahí que las ocupaciones políticas, o mejor dicho, proselitistas, conviertan a buenos abogados en mediocre hombres de leyes, pues en esas tareas el derecho sufre deformaciones muy grandes y el espíritu se predispone a violarlo en obsequio de los intereses que, "prevalece, construye, y, precavete, que, la futura." "amagada".

No siempre es viable el compás de espera ni todos los asuntos lo exigen. Las consultas en su mayor parte son bastantes simples como para permitir evacuarlas sin torturarse y de inmediato, porque quienes la formulan no se proponen despejar una duda sino más bien cumplir con la precaución de comprobar si lo que les dicta el buen sentido y la experiencia tiene también consistencia jurídica y que de esto quede constancia.

18. El consultante muéstrase así prudente y oportuno y, sin saberlo, tiene en cuenta lo que observa Ihering "Cualquier hombre, lo mismo que el jurista es apto para aprender textos legales, pero el buen sentido por sí solo no basta para comprender el derecho y aplicarlo. Es preciso para ello una doble cualidad: el poder particular de concepción, que no se adquiere sino con un gran número de años, de esfuerzos y de ejercicios, y la educación particular del pensamiento abstracto. Después viene la intuición jurídica, o sea el talento operativo, con ayuda de las nociones del derecho, la facultad de transformar simultáneamente lo abstracto y lo concreto, el golpe de vista y la concepción clara de los principios de derecho en las especies propuestas (diagnóstico jurídico), en una palabra, el arte jurídico, cualidades todas que reunidas forman la educación jurídica". Por cierto que no debe con-

<sup>3</sup> Si la jurisprudencia y la doctrina no resuelven el problema, la solución deberá buscarse mediante la aplicación de los principios del derecho. Difícil es dar reglas para orientar esta tarea de verdadera construcción jurídica en la cual surge la técnica como la ilustración general juega papel preponderante. Mas no desampare el autor a sí, poca será la oportunidad en que podrá a prueba sus cualidades de investigador. Su modestia de loco y poca experiencia impedirá que los descubre. Todo permanece "insoluble", decía Plato, "pero quiero tener mielo a la idea".

fundiese la educación jurídica con la simple "erudición", pues esta nada aporta a la ciencia como no sean repeticiones más o menos ordenadas. La educación jurídica es aquella que sirve para disciplinar el espíritu crítico, sin el cual no hay jurista que valga.

Para esta tarea tendrá que echarse mano de los métodos de interpretación, los que se usarán con sumo cuidado, pues no todos sirven por igual en todos los casos. De poco valen los métodos interpretativos si se desconocen los principios que sustentan cada una de las instituciones que, por referirse a relaciones jurídicas especiales, contienen en sí mismas las bases del método respectivo. En punto al método son elocuentes las palabras de Ihering: "*Los juristas se dan en cierto modo cuenta del método jurídico, y lo juzgan acertadamente en la práctica y en las aplicaciones, pero la razón para ellos es más bien cuestión de sentimiento, de experiencia que de verdadero conocimiento*"<sup>6</sup>).

En la Administración pública y fuera de ella suele ocurrir que todos se consideran habilitados para entender las normas legales y aplicarlas<sup>7</sup>). El asesor debe demostrar, con sus dictámenes, que sus opiniones no se sustentan sólo en el buen sentido sino en textos legales o en principios de derecho, elaborados con el buen sentido y con muchos otros ingredientes. No se trata sólo de arribar a la "justa solución", que también puede hacerlo el lego, hay que demostrar que a esa solución se llega en razón de los principios jurídicos usados en la forma que corresponde.

19. Un planteamiento adecuado de la cuestión, depurado de elementos superfluos y circunstanciales, es un paso muy firme para ubicarla en el vastísimo ámbito jurídico<sup>8</sup>). Una vez ubicada con acierto las soluciones surgen de por sí. No es ni más ni menos que un diagnóstico: ubicar el asunto equivale al diagnóstico médico mediante el cual se califica la dolencia; después es tarea simple indicar el tratamiento, aunque no es tan fácil anticipar el pronóstico.

Configurada la cuestión jurídica, ubicada con acierto y determinada la solución, todo lo cual es fruto de la labor creativa queda por cumplir la tarea expositiva y demostrativa, consistente en facilitar al lector, aunque no sea perito en derecho, no sólo el conocimiento de la solución preconizada sino también una clara comprensión de los fundamentos del dictamen; no puede imponerse al consultante, además del esfuerzo que le exige la comprensión de la substancia del dictamen, la tortura de desentrañarla debatiéndose con una redacción revetada.

<sup>6</sup> *op. cit.*, t. 3, p. 4.

<sup>7</sup> Aquí podríamos también decir lo que con respecto a España asocia el jurista hispano Ros y Górriz: "*Todo español se presume abogado mientras no se prueba lo contrario*".

<sup>8</sup> Gough, "*Las resoluciones judiciales*", *Et. An.*, 1933, p. 77.

Hasta los dictámenes más sencillos deben encabezarse con el planteamiento de la consulta, sin ceñirse a la redacción con que se ha formulado, generalmente preparada por legos a los cuales no se les puede obligar a expresarse con la precisión y sistemática necesaria. Esta preocupación tiene hasta la ventaja de que el dictamen se dé a entender por sí mismo, sin necesitarse la lectura de otras piezas del expediente.

20. La extensión del dictamen está en razón inversa al grado de preparación del que consulta y de quien contesta; al ilustrado pocas palabras. Pero, como por lo general es lego quien pide auxilio, habrá que expresarle las cosas con claridad, aunque sea en detrimento de la concisión.

La consulta que al técnico puede parecerle de pronto elemental y hasta trivial tal vez oculte un complejo problema. El técnico tiene la obligación de no dejarse extraviar por anodinas apariencias.

Si el dictamen requiere cierta extensión, por no haber sido posible reducirlo a términos más concisos, habrá que dividirlo y hasta subdividirlo, para que las partes aparezcan en orden y concierto. La numeración de los párrafos y la colocación de los títulos indicativos de las partes integrantes dan la medida del esfuerzo puesto en la preparación del dictamen. Las referencias a lo que se ha dicho o que se dirá después, deben ser con determinación, de los lugares a que se hacen las remisiones: nada de "como antes lo hemos señalado" o "como lo veremos más adelante".

21. Los textos legales y los preceptos jurisprudenciales utilizados deben mencionarse en su lugar adecuado. No sólo citarlos por número de artículo o por tomo y página de las compilaciones de fallos, sino con mención de la sustancia de las normas legales y de las decisiones. A los autores citarlos cuando sean originales; no hacer "copios" innecesarios de citas; tampoco transcribirlos sin necesidad.

El estilo del dictamen no debe ser polémico; no es una demanda, ni un alegato, ni una expresión de agravios. Las expresiones caedizas no son condenables en un escrito forense que es episodio de una discusión de igual a igual. El dictamen no es instrumento de discusión, sino preparatorio de una resolución, por lo que debe guardar un estilo sereno. Como el dictamen se da a la Administración, para mejor ilustrar el criterio de la decisión, no es susceptible de "vinas" ni de "traslados", cuestión ésta que conviene no echar en olvido.

Ni para negar procedencia a una gestión es perdonable la descorresponsa o el menosprecio. "Al que has de castigar con obras, dice Don Quijote a Sancho, no traves mal con palabras; le basta al aludido la pena del zapicho sin la ataladura de malas razones".

22. Precisar el significado de algunas expresiones técnicas, pero siempre al alcance de los funcionarios administrativos y del público.

Más difícil es escribir clara y sencillamente que excederse en malabarrismos de terminología técnica. Nada se diga de algunos abogados empicados en descubrir los más extravagantes vocablos, así sean voces en desuso, cuando no las inventan para alardear de una pulida y refinada erudición idiomática que, además de complicar innecesariamente la lectura, sólo sirve para poner al desnudo la vanidad.

Por sobre todo, emplear adecuadamente los términos jurídicos (\*). No pocas personas suponen que los términos de que se vale el derecho pueden usarse indistintamente; algunos pretenden que son sólo cambiar el nombre de una institución, el problema queda resuelto, como si todo fuese una cuestión de títulos.

## VI. Conclusión.

23. El dictamen jurídico no es otra cosa, substancialmente considerado, que la proposición de una solución legal a una cuestión de derecho.

El asesor debe mirar todas las consecuencias que pueden resultar de su proposición, tanto desde el punto de vista del Estado como de los particulares.

Son relaciones humanas las que crean las situaciones jurídicas; aquellas, por ser la fuente, deben estar siempre presentes en el espíritu del asesor, quien tiene la obligación de tratarlas con la imparcialidad que una recta moral impone, no con la finalidad con que el ejercicio profesional conduce muchas veces a escarmecer los sentimientos, por puros que sean.

En todo dictamen existe de por medio un problema de la vida, con todas las pasiones e intereses que presionan la actividad de los hombres; el acierto con que el asesor contribuya a resolverlos será el único medio de no perturbar la tranquilidad de su conciencia, que está por encima de los inevitables reparos y reproches que dicte el despecho de los desahuciados.

Por sobre todo esto, de por sí fundamental para cumplir honrosamente el delicado cargo que el gobierno confiere a los asesores, está la seguridad del Estado, la que se consolida mediante la justa y equitativa aplicación del derecho, actuando con la prudencia que es el rasgo distintivo de esta profesión milenaria (\*\*).

\* González, *Obras Completas*, t. 11, p. 18.

\*\* *Responsa prudentiam sua sententia et opinione solum quibus petimus et iura condere.*



## REGIMEN ARBITRAL DE LA BOLSA DE COMERCIO DE BUENOS AIRES Y EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE GENERAL

Por EDUARDO A. ZORRAGUÍN,

Presidente del Tribunal de Arbitraje General  
de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires

**SUMARIO:** 1) Consideraciones generales sobre el arbitraje. 2) Las operaciones que se registran en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Sus funciones de orden fiscal. 3) Requisitos para su inscripción. 4) Los Tribunales de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires. 5) El Tribunal de Arbitraje General - Funcionamiento y ventajas de carácter procesal. 6) Competencia. 7) Composición. 8) Requisitos para ser árbitros. Incompatibilidad. 9) Procedimiento - El Director de Procedimientos. 10) Compromiso Arbitral. 11) Laudo. 12) Sanciones. 13) Derecho de Bolsa. 14) Recurso de nulidad.

1) De acuerdo con principios de orden procesal, volcados en la mayoría de los códigos sobre la materia, el de Procedimientos en lo Civil y Títulos XXVII y XXVIII, arts. 767 y siguientes, la forma cómo las partes interesadas, pueden sustraer las decisiones de sus litigios, del ámbito natural de la Justicia, como Poder del Estado, para someterse voluntariamente al fallo inapelable de personas por ellas elegidas.

La materia propia de la esfera de acción de tales árbitros, arbitadores o amigables compositores, que pueden ser una o más personas, se encuentra lógicamente limitada a los aspectos de orden patrimonial en sentido amplio, quedando excluidos aquellos problemas que versan sobre la capacidad de las personas en su concepto jurídico, las cuestiones de estado civil, aquellas vinculadas a validez o nulidad de disposiciones de última voluntad y, en general, cuando se encuentran en juego principios de moral, buenas costumbres o en aquellos que puedan llegar a afectar el llamado orden público.

El incremento de las relaciones comerciales, la diversificación que en la época contemporánea tiende a la especialización aún dentro de la materia, son factores que imponen la apertura de los moldes clásicos en materia de instituciones jurídicas, para obtener como una imperiosa necesidad, agilizar trámites y permitir que verdaderos técnicos decidan con prontitud las diferencias que en determinadas materias hayan sobrevenido en materia de transacciones.

La reforma que tal estado ambiente exige en el orden procesal, raso nacional como provincial en general, si bien es una necesidad que por sentido se exterioriza a diario en los círculos doctrinarios, de la que se hacen eco los órganos de publicidad, en el sentido de abreviar trámites y acortar plazos, tropiezos, en cambio, con la lentitud del mecanismo, que por imperio de disposiciones constitucionales debe ponerse en movimiento para introducir modificaciones, de ahí que cada día se acrecienta la mayor intervención de tribunales arbitrales, particularmente para cuestiones sobre producciones, cuya necesidad año, impuso a los comerciantes del ramo, asociarse bajo la forma de organismos conocidos como Bolsas o Mercados, llegando incluso al Estado, actuando como persona del derecho privado, a recurrir a tal medio para decidir diferencias, con sociedades o particulares que hubiesen contratado con él.

La generalización de estos usos, principalmente en la órbita de la competencia del derecho comercial, produce a la vez en forma implícita aliviar las pesadas cargas que actualmente gravitan sobre el Poder Judicial, en aquella rama, según es público, como lo destaca a diario la prensa, de modo que el aumento de juicios arbitrales, necesariamente descongestionan al Tribunal Judicial, en tal medida.

ES.

2.) Aparte de la celeridad que los juicios arbitrales traen aparejada por su esencia, existe otro factor de singular importancia que tiende a determinar con asertación y en los respectivos contratos, que las diferencias posibles de suscitarse, sean dirimidas por arbitradores.

Se trata del aspecto fiscal, atinente al sellado que deben tributar las partes en los documentos que instrumentan sus contratos. En operaciones comunes, la tasa general es el 6 por mil del monto de la operación. En cambio, las operaciones celebradas dentro del régimen especial determinado por la legislación, en materia propia de Bolsas y Mercados, tributa un sellado esencialmente inferior. Debe destacarse que habitualmente como últimas operaciones de compraventa, llevan incluidas en el texto impreso las cláusulas compromisorias en cuya virtud deben someter las diferencias o incumplimiento a la decisión arbitral, de modo que contratos de ese tipo, como se ha dicho, excluidos de la órbita del Poder Judicial en el aspecto contencioso, acorde también con la legislación vigente, gozan de una apreciable franquicia en materia fiscal, como se dijo.

Desde años atrás las Leyes de Sellos fijaban tales tasas diferenciales. Al sancionarse en el año 1954 la Ley N° 14.393 que modificó el art. 32 de la ley vigente en ese momento, dispuso en lo pertinente, que abonarían el 4 o/ooo (cuatro por diez mil) por cada parte, "las operaciones de compraventa al contado o a plazo de mercaderías, cereales, oleaginosas, productos o subproductos de la ganadería o agricultura y frutos del país, animales, ciriales, acciones, debentures y valores fiduciarios en general, siempre que sean registrados en las bolsas o mercados que las mismas agrupan, de



" acuerdo con las disposiciones estatutarias y reglamentarias de aquellas y  
" concertadas bajo las siguientes condiciones que reglamentará el Poder  
" Ejecutivo.

"a) Que sean formalizadas por las partes, o por comisionistas interme-  
" diarios en los formularios oficiales que las bolsas emitan;

"b) Que se inscriban en los libros que al efecto llevarán las bolsas pa-  
" ra el registro de las operaciones".

En cambio, con relación a los contratos que persiguen igual objeto, pero  
entrados a las bolsas y mercados, el art. 14 de la ley y que no sufrió cam-  
" bio alguno decía así: "Pagarán impuesto proporcional del 6 o/oo (seis por  
" mil): a) Los contratos de compraventa de cosas, muebles, semovientes,  
" títulos, acciones, debentures y valores fiduciarios en general, con excep-  
" ción de las operaciones perjuradas en el art. 32".

En la actualidad, el régimen de los contratos o boletas que se inscriben  
en las Bolsas de Comercio, está determinado en el aspecto impositivo por la  
ley 16.636, del 30 de diciembre de 1964, (B. O. del 31/12/1964) que en  
su art. 32 de la ley vigente dispuso que a partir del 1° de enero del co-  
" rriente año (1965) las tasas de sellado serán del 1 o/oo (uno por mil) por  
" cada parte.

Consecuencia con tal propósito de franquicias, el Poder Ejecutivo dictó  
el Decreto-Ley 6702 del 12 de agosto de 1965, que extendió el beneficio  
a operaciones de compra-venta sobre productos y subproductos de la mi-  
nería y también a la contratación de obras y servicios, norma ésta que por  
su amplitud abre un campo de grandes proyecciones a las operaciones de  
registro en las Bolsas y Mercados.

3) Como consecuencia de tales disposiciones legales, la Bolsa de Co-  
" mercio de Buenos Aires estableció en su Reglamento General, en los arts. 82  
y siguientes, las condiciones que en virtud del art. 32 de la ley 14.393, de-  
" ben reunir los contratos o boletas celebrados entre partes o por intermedio  
de sus comisionistas, para poder ser inscriptos y obtener así el pago de un  
" menor gravamen y son: a) que una de las partes sea socio de la Bolsa;  
b) que mediante corredor o comisionista interveniente, sea éste socio de la  
" Bolsa, además de serlo uno de los contratantes; c) que el convenio de com-  
" pra-venta sea extendido en alguno de los formularios que la Bolsa haya  
" autorizado o autorice de acuerdo a sus reglamentaciones o las de sus Cámaras.

Los arts. 89 y 90 del reglamento disponen que aquellos contratos que  
versen sobre mercaderías, cuya negociación haya originado la agrupación de  
los interesados en las respectivas Cámaras y Mercados, deben ser extendi-  
" dos en los boletas redactados por tales organismos en concordancia con sus  
" respectivos reglamentos y aprobados por la Bolsa de Comercio de Buenos  
" Aires, debiendo registrarse en la sede natural de tales operaciones.

Con respecto a operaciones de mercaderías extrañas a las comprendidas en el párrafo anterior, la propia Bolsa de Comercio ha emitido dos clases de boletos, uno para contratos de compraventa y otra para los que versan sobre contratación de obras y servicios, los que serán usados exclusivamente por los socios.

Según el art. 93 del Reglamento, la Presidencia de la Bolsa está facultada para resolver en cada caso que se presente y que no haya sido contemplado en el reglamento, teniendo en cuenta las disposiciones del Decreto 9432/44 (Ley 12.922), y el resultado de las consultas que al respecto se formulan a las autoridades competentes y en virtud del art. 96, las partes contratantes deben abonar para la correspondiente inscripción un derecho de bolsa, que será fijado por el Consejo Directivo.

4) Señalados tanto el aspecto fiscal en los contratos celebrados en formularios de la Bolsa de Comercio y organismos afines, y el consiguiente trámite de Registro, veremos a continuación cómo en razón de la íntima conexión entre aquel acuerdo de voluntad y sus posibles ulteriores consecuencias para caso de incumplimiento, la forma cómo está organizado el régimen arbitral en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y sus Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados y otras entidades adheridas a tal institución.

Se advierte que la diferenciación introducida por los arts. 89 y 90 del Reglamento de la Bolsa, en razón de la materia objeto de las operaciones, que agrupa por un lado aquellas propias de Cámaras y Mercados y por la otra, aquellas extrañas a tales organismos y por ende, atributo propio de la Bolsa por sí, ha sido el factor determinante de que por tal circunstancia, dentro de la organización del sistema arbitral, existen a la vez distintos organismos con facultad de arbitrar, aunque en distinta esfera de acción y guardando la natural significación que la institución rectora representa frente a los demás organismos.

El art. 68 del Estatuto de la Bolsa dispone que "el régimen arbitral está integrado: a) por los tribunales arbitrales organizados, en cada caso que se plantea, por las Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados u otras entidades adheridas y b) por el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa".

Corresponde a los primeros intervenir, como árbitros arbitradores amigables compositores, siempre que una de las partes lo solicite, en el conocimiento de toda cuestión que surja entre socios de la institución o entre éstos y terceros, con motivo de transacciones comerciales debidamente registradas y regidas por los reglamentos, boletos o disposiciones establecidas por aquellos organismos adheridos. En las cuestiones surgidas entre socios del mismo gremio, dicho conocimiento corresponde a la respectiva cámara gremial, cámara, mercado o entidad adherida, si ella estuviera constituida. Serán también competentes las Cámaras gremiales, cámaras, mercados u entidades adheridas, para entender en las cuestiones que se susciten entre socios de la Bolsa, cuando el demandado se halla inscripto en el gremio re-

promovido por la Cámara Gremial, Cámara, Mercado o entidad adherida, ante quien se presente la demanda y la divergencia recaiga sobre operaciones propias de dicho gremio o sus afines, según lo dispone el art. 69 del Estatuto citado.

El funcionamiento de los tribunales arbitrales de las respectivas cámaras o mercados, está previsto en los estatutos y reglamentos de cada una de dichas entidades.

5) El Tribunal de Arbitraje General, fue creado en el año 1962, al reformarse el art. 68 del Estatuto de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en la forma que se ha dejado transcrita, y que usajo como innovación importante la implantación de un Tribunal de carácter permanente, para que actúe en primera y única instancia en aquellos casos señalados por el art. 69 del Estatuto y en carácter de Tribunal de Alzada, con relación a los laudos dictados por los tribunales arbitrales que funcionan en las respectivas Cámaras y Mercados que la Bolsa agrupa.

Con tal sistema se permite simplificar los trámites al establecer sólo un procedimiento ante el Tribunal de Arbitraje General, actuando en primera y única instancia, el que culmina ante sus estrados con el laudo, quedando expedita luego la vía judicial.

Se ha evitado así el proceso previo, en el orden judicial, que respecta en la mayoría de los casos, no mediante acuerdo previo sobre la persona de los arbitradores, la iniciación de un juicio ordinario, a los fines de obtener luego la constitución del Tribunal de Arbitradores y su integración posterior, con personas desconocidas en la oportunidad de contratar.

El novedoso sistema implantado por aquella institución, recae pues no sólo la certeza para las partes al contratar, de que sus diferencias serán resueltas en caso necesario por un Tribunal de carácter permanente, preconstituido, cuyos integrantes también son conocidos de antemano y, a la vez rotados, en cuanto a su designación y acusación, de las mayores garantías de inamovilidad, sino que las partes pueden ejercitar aún con respecto a ellas, en las debidas oportunidades procesales, los mismos derechos que rigen en los códigos procesales respecto a los jueces que integran el Poder Judicial, situación ésta que será señalada más adelante, al tratar en particular el sistema estable referido.

6. En términos generales puede decirse que corresponde al Tribunal de Arbitraje General el conocimiento de toda cuestión que surja de la interposición y cumplimiento de los actos, contratos u operaciones de comercio en los cuales su intervención hubiese sido pactada expresamente o cuando mediando o no tribunal arbitral, las partes lo eligiesen como árbitro de sus diferencias. No es necesario para que proceda la jurisdicción del Tribunal que las partes sean socios de la Bolsa, o que los contratos hayan sido inscritos previamente en ella.

El art. 3º del Reglamento Orgánico del Tribunal se refiere específicamente a su competencia y dispone que podrá intervenir en: "a) Cualquier controversia o reclamación que le someta alguna de las partes de un contrato comercial en el que haya sido pactada la intervención arbitral del Tribunal y que se refiere a la interpretación, aplicación, ejecución, cumplimiento o rescisión de dicho contrato o, asimismo, a la indemnización de daños y perjuicios resultantes. b) Cualquier controversia o reclamación de similar contenido suscitada respecto de contratos comerciales en los cuales se hubiera pactado la cláusula arbitral sin designación del Tribunal pertinente y que todas las partes decidiesen someter al Tribunal de Arbitraje General. c) Cualquier controversia o reclamación referente a contratos, actos u operaciones comerciales que le sean sometidas por las partes interesadas. d) Los recursos deducidos contra las resoluciones definitivas de las Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados u otras Entidades adheridas fundados en transgresiones a los Estatutos de la Bolsa o su Reglamento o en transgresiones a los Estatutos o Reglamentos de las Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados u otras Entidades adheridas o en que el laudo haya sido dictado fuera de término previsto o recaído sobre puntos no comprometidos".

Este recurso está limitado a los casos siguientes: a) Cuando se funde en que el laudo ha sido dictado en transgresión de las normas de procedimiento previstas por el Estatuto de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, o el Reglamento del Tribunal de Arbitraje o de los Estatutos o Reglamento de las Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados u otras entidades adheridas. b) Cuando el laudo ha sido dictado fuera del término previsto en el compromiso. c) Cuando ha recaído sobre puntos no comprometidos. (Art. 67 R.O. ).

7) El Tribunal está integrado por tres árbitros permanentes, letrados. Pero si una de las partes lo solicita, puede integrarse con dos árbitros más, los que deben ser expertos de reconocida competencia en la cuestión sometida a arbitraje y que se inscriban de las listas, correspondientes a la naturaleza de la cuestión en debate, que debe confeccionar cada dos años el Consejo Directivo de la Bolsa de Comercio.

Esta última particularidad da al Tribunal una fisonomía especial desde que las partes que recurren a él o que han pactado su jurisdicción saben que intervendrán al laudar, personas con un verdadero conocimiento técnico del problema que da origen a la diferencia entre las partes y que está al corriente de los usos y costumbres directamente vinculados con el asunto. Todo lo que indudablemente redundará en una mayor garantía de justicia y equidad para los litigantes.

En los supuestos de integración del Tribunal en la forma que se ha dejado dicha, votan no solamente los tres árbitros permanentes que lo componen, sino también los dos miembros no permanentes y el laudo se dicta por simple mayoría de votos.

En los supuestos de recusación, excusación, impedimento o ausencia de un árbitro titular, se sortea un árbitro suplente de una lista de 15 árbitros suplentes que cada dos años debe preparar el Consejo Directivo de la Bolsa (arts. 8, 9, 10 y 11 del R.O.).

8) Los árbitros permanentes deben poseer título de abogado, expedido por Universidad argentina, con más de 15 años de su profesión, requiriéndose que ella haya sido ejercida preferentemente en la esfera del comercio comercial. Una vez designados no podrán realizar actividades políticas o desempeñar empleos públicos o privados, excepto la comisión de estudios o la docencia, ni ejercer el comercio o la profesión salvo que se trate de la atención o defensa de sus intereses personales, del cónyuge, de sus padres e hijos, o de la tarea de dirección de empresas a las que existiere vinculación con anterioridad a su designación y que por su índole no afectasen la dedicación, independencia y decoro requeridos por sus funciones de árbitro. (Art. 21 del R.O.).

Los árbitros permanentes conservan sus cargos mientras observen buena conducta y sólo pueden ser removidos por mal desempeño de sus funciones; desorden de conducta; negligencia reiterada que dilate la sustanciación de los procesos; comisión de delitos cuyos penas afecten su buen nombre y honor; ineptitud y violación de las normas sobre incompatibilidad. (Art. 22 del R.O.).

Pueden ser recusados por los mismos motivos que pueden serlo los miembros de la Cámara Comercial.

9) El Reglamento Orgánico del Tribunal de Arbitraje establece en sus arts. 34/64 las Normas de Procedimiento con arreglo a las cuales se tramitarán los juicios.

Con el escrito de demanda deberá acompañarse: a) el contrato en el que se haya establecido la cláusula comprometeria o el documento que exteriorice la aceptación por todas las partes de la jurisdicción del Tribunal; b) los documentos que hagan al derecho de la actora y de los que quiera valerse como pruebas; c) el ofrecimiento de toda la prueba; d) constancia del depósito que corresponda abonar como derecho de bolsa, (art. 35 R.O.) y, e) los interrogatorios de los testigos. (art. 51).

De la demanda se da traslado por el término de veintidós días, debiendo observarse en la contestación las mismas normas del escrito de demanda.

El art. 29 del Reglamento Orgánico se refiere al miembro del Tribunal de Arbitraje General que ejerce las funciones de Director de Procedimiento, y dispone que en la última reunión de cada año, el Tribunal acordará el turno que corresponderá a cada uno de sus miembros permanentes, para desempeñar el cargo de Director de Procedimiento en los juicios arbitra-

trales que se inicien durante ese período. Los cursos son de un mes de duración y se rotan entre todos los miembros permanentes del Tribunal.

El Director de Procedimiento tiene las más amplias facultades para dirigir la marcha normal y regular del juicio en trámites y puede, en consecuencia: a) resolver todas las incidencias que se promuevan durante la sustanciación del juicio. b) armonizar y apertibir a las partes o hacer efectivas las multas cuando ellas, sus representantes o apoderados dificulten el desenvolvimiento regular del juicio o no cumplan los actos procesales que deben realizar. c) ordenar la recepción de las pruebas y el diligenciamiento de la ofrecida por las partes (art. 30 R.O.).

Contra las resoluciones del Director de Procedimiento puede únicamente interponerse recurso de apelación ante el Tribunal. Para que proceda debe ser fundado en el escrito en que se interpone y presentarse dentro de las 24 horas, de notificada la resolución de que se recurre. La decisión del Tribunal revisa el carácter de definitiva y contra ella no existe recurso alguno. (art. 70 R.O.).

10) La demanda debe ser enjuiciada dentro de los 30 días hábiles a contar de aquel en que debió cumplirse la obligación cuestionada o se planteó la diferencia objeto de la demanda, pero dicho plazo puede ser prorrogado de común acuerdo, ya sea en el acto de la formalización del contrato o en el expediente arbitral. (art. 41 R.O.).

Si el demandado no contesta la acción se le designa como defensor un socio de la Bolsa que actúa en representación de aquel, mientras no se presente en los autos y que puede reclamar una compensación equitativa de sus servicios. (art. 42 R.O.).

Cumplidas estas actuaciones el Director del Procedimiento convoca a las partes para celebrar el compromiso arbitral.

Si el actor no concurre a dicho acto se lo tiene por desistido de la demanda, pero la incomparecencia sin justa causa del demandado vendrá por efecto que los puntos del compromiso sean los que determine el demandante. En el compromiso se establecerá la multa que deberá hacer efectiva a favor de la otra parte, aquella que obstruye el procedimiento, como también la que deberá abonar el compromitente que se alista contra el laudo.

Con respecto a los supuestos en que el demandado no concurre a la formalización del compromiso arbitral y lo hace en su nombre el defensor de oficio a que alude el artículo 42 del Reglamento Orgánico, debe destacarse que la Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital, por mayoría de votos ha decidido que es válido el compromiso arbitral otorgado en tales condiciones y que la sentencia que se dice tiene pleno valor para su ejecución judicial, o sea, que es posible tramitar el juicio arbitral en rebel-

día del demandado, y otorgar el compromiso sin que la ausencia de este último en dicho acto obste a su validez. (Cám. Comercial 29/4/39— Sala B.— Doctrina Judicial del 29/4/39 y del 16/6/39. Causa 24/4/65).

En el juicio pueden ofrecerse toda clase de pruebas. La confesoria y testimonial se recibirán en audiencia pública por el Director de Procedimiento y será recogida mediante medios electrocromáticos, traducida luego a textos mecanografiados y agregados en su totalidad al expediente.

11) Al dictar el laudo los miembros del Tribunal actúan como jueces de conciencia conforme a su leal saber y entender y sin sujetarse a formas legales. Así lo dispone el art. 60 del R.O. Ello está de acuerdo con el carácter con que actúan los miembros del Tribunal de Arbitraje que en el de arbitrajes amigables componedores que como tales y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 802 del Código de Procedimiento de la Capital y doctrina y jurisprudencia imperante, pueden proceder fundados en la equidad y ajustándose a lo que consideren justo.

Al dictar el laudo se fijan los honorarios de los peritos, abogados, escribanos y toda otra clase de costas, cuando corresponda, estableciendo asimismo cuál de las partes debe abonarlas en todo o en parte.

Tal acto deberá ser referendado por Escribano público de Registro, según dispone el art. 47 del R.O. a elegirse por las partes o por el Director en caso de no coincidir en la persona.

12) Los laudos arbitrales debidamente notificados deben ser cumplidos por las partes en el plazo previsto en los mismos. En caso contrario la parte interesada podrá pedir al Consejo Directivo dentro del término de seis meses, que se apliquen las sanciones previstas en el art. 83° y siguientes de los Estatutos, sin perjuicio de ejercitar las acciones a que se crea con derecho ante quien corresponda. Siendo el incumplimiento proveniente de un comerciante que no sea socio de la Bolsa, se tomará en cuenta tal situación a fin de que no pueda en lo sucesivo registrar concreto alguno en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, ya sea en formularios de la Institución o en los de sus Cámaras Gremiales, Cámaras, Mercados y Entidades adheridas, a cuyo efecto la Gerencia debe poner este hecho en conocimiento de las diversas entidades mediante una circular. Asimismo, se anota en una planilla en el recinto de la Bolsa el nombre y el apellido de la persona o la denominación de la entidad incurso en incumplimiento, haciéndose conocer las causas del mismo. Esta publicación deberá verificarse durante ocho días. (art. 72 R.O.).

La índole de estas sanciones y las graves consecuencias que su aplicación puede tener apegada a las partes, especialmente si se trata de sociedades que cotizan sus acciones en la Bolsa de Comercio o se trata de socios de la misma, hace que ellas representen una verdadera fuerza coercitiva para el cumplimiento del laudo dictado. En numerosos casos ante la sola posi-

bilidad de aplicación de tales sanciones, la condena ha sido automática sin necesidad de recurrir a las autoridades judiciales para la ejecución del laudo.

13) En los juicios arbitrales que se suscitaban en la Bolsa, las partes deben hacer efectivo el 1% del monto total de la diferencia cuestionada, pago que se efectúa a favor de la Bolsa en concepto de derecho de demanda. Este importe debe ser abonado por la parte que haya iniciado las actuaciones. Si las actuaciones se iniciaron en virtud de cláusula comprometeria contenida en contrato no inscripto en la Bolsa de Comercio, o por jurisdicción voluntaria acordada entre las partes, y la parte accora no fuere socio de la Bolsa de Comercio, este derecho de demanda se duplica. Sin embargo, en ningún caso el ascenso puede ser inferior a la suma de mfn. 1.000.—, cualquiera sea el monto de la diferencia discutida. (art. 74 y 76 del R.O.).

14) Contra los laudos dictados por el Tribunal de Arbitraje General, actuando en jurisdicción originaria, procede la acción de nulidad únicamente cuando aquellos se hubieran dictado fuera del término previsto en el compromiso, o recaído sobre puntos no comprometidos. Esta acción debe deducirse ante el Jura competente dentro de los treinta días siguientes a la notificación del laudo. (art. 66 del R.O. y 808 del Código de Procedimientos de la Capital).

Cabe agregar para terminar, que para la resolución de cualquier punto no previsto en el Reglamento Orgánico del Tribunal, se aplica subsidiariamente el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal. Así lo dispone el artículo 79 del citado Reglamento.

En los dos años que han transcurrido desde su creación, el Tribunal de Arbitraje General, ha tenido ya oportunidad de intervenir en diversos asuntos, en que se encontraban en juego intereses cuantiosos, no sólo en juicios iniciados directamente ante el mismo, sino también por recursos interpuestos contra laudos dictados por las Cámaras Generales.

No hay duda, que las ventajas que ofrece en cuanto a una mayor simplificación y agilidad de los trámites, ha de traer como consecuencia que paulatinamente aumenten los casos en que las partes contratantes, por omisión de su intervención, o recurran a él para la solución de sus divergencias.



## ENSAYOS



# LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

LILIA GERMANO

## S U M A R I O

### I. INTRODUCCION AL PROBLEMA: JURISDICCION ADMINISTRATIVA

1) Concepto - 2) Ambito.

### II. LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sistemas legales.

Resumen general es:

#### A) EL DERECHO COMPARADO:

- a) Francia
- b) Belgica
- c) Italia
- d) España
- e) Inglaterra
- f) Estados Unidos
- g) América Latina

#### B) SISTEMA NACIONAL.

#### C) SISTEMA PROVINCIAL:

a) Recurso de Plena Jurisdicción:

- 1) Bases constitucionales
- 2) Materia contencioso administrativa
- 3) Requisitos para poder iniciar el recurso
- 4) Acciones paralelas
- 5) Fueros
- 6) Juicio
- 7) Sentencia.

- a') Fundamentación jurídica
- b') Recursos contra la sentencia
- c) Suspensión
- d') Ejecución forzosa.
- e) Recursos de Anulación. Exceso de Poder.

- 1) Bases constitucionales
- 2) Derechos que protege
- 3) Diferencias con el contencioso de plena jurisdicción
- 4) Sentencia
- 5) Causales de nulación.
  - e) Recurso de Anulación. Desviación del Poder.

### III. JURISPRUDENCIA

### IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION AL PROBLEMA

### JURISDICCION ADMINISTRATIVA

#### 1) CONCEPTO

#### 2) AMBITO

El porqué y el para qué son quizá los dos interrogantes más serios que puede formularse el ser humano. Se los formula el científico, el psicólogo, el sociólogo y, desde ya, el filósofo. No puede evadirse de ellos el jurista. Ni siquiera pretendamos algún día hacer Derecho. Para qué la Norma, nos preguntamos. Porqué ella y no otra en determinado momento y lugar?

El Profesor Bichas, en su libro "Cuestiones de Jurisdicción" sostiene que cuando los derechos fundamentales son vulnerados por el poder público, en forma totalmente arbitraria, por obra de agentes mal llamados gobernantes, el iurista debe enfrentarse con problemas al parecer insolubles, y entonces se presenta para él un deber más político que profesional. Allí estará el porqué que creará el para qué hasta ese instante desconocido. Y puede surgir, de este modo, un remedio que podría llegar a ser providencial. Es de esta manera como han nacido nuevas formas de protección a la Libertad y al Derecho.

Ese ha sido el origen, en Francia, por ejemplo, con la Revolución Francesa, del Estado de Derecho que terminó con el Estado de policía, donde el Príncipe, con el pretexto de lograr la felicidad del pueblo, acusaba de *legibus solutus*, sin hallarse sometido a tribunal alguno que juzgara sus actos. Nació del mismo modo, la División de Poderes, más adelante, con similar génesis, el Consejo de Estado, instituto que nos interesa fundamentalmente, en el estudio de la materia que vamos a encarar.

La investigación realizada acerca de todas estas cuestiones, de los distintos sistemas de control de la actividad administrativa, de los conflictos que pueden surgir entre la Administración y sus administrados, nos ha suscitado el siguiente interrogante: No será menester, en nuestro país, especialmente en el orden nacional, propiciar un nuevo sistema para remediar ciertos males de nuestra justicia administrativa? Formulándonos tal planteo nos quedamos dentro de la debida de nuestra Constitución Nacional, o aún deberemos destacar la conveniencia de su reforma? Expondremos primeramente los diversos problemas, las distintas soluciones legales que ellos podrían tener; aún las que se han adoptado en los otros países del mundo, inclusive en nuestras provincias, y trataremos de extraer de todo ello alguna conclusión que si no resulta la más conveniente o la más acertada, sea por lo menos fruto de nuestro propio convencimiento. Por otra parte, nuestra honestidad intelectual nos lleva a adelantar al lector que nada nuevo dejamos expuesto aquí. De gran jerarquía —y muchos— han sido los autores que han abordado el tema. Los hemos seguido de cerca, sobre todo a aquellos mencionados en nuestra bibliografía. Mas nuestra mira ha sido una: brindar al

estudiante —sistemizado en un solo trabajo— los distintos sistemas legales, las encontradas posiciones doctrinarias, las diversas soluciones jurisprudenciales, procurando, con ello, reunir y sintetizar la labor extraordinaria de nuestros estudiosos, dispersa en numerosos y nutridos tratados.

Se denomina "jurisdicción contencioso-administrativa" o "Justicia administrativa" a la función jurisdiccional de la Administración que tiene por objeto conocer y resolver los conflictos que se originan entre ella y sus administrados con motivo de los actos de la primera.

Pero es menester estar en guardia. No es lo mismo la MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (que es el litigio, el conflicto, la contienda, la controversia, que surge del choque de los intereses de la Administración con los del administrado) y la JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (que es la posibilidad que tiene el administrado, al producirse el conflicto aludido anteriormente, de acudir a un organismo, a una autoridad especial separada de la administración activa, a órganos del Poder Administrador, a los que se haya atribuido el conocimiento y decisión de esas controversias).

Por ello materia contencioso-administrativa existe en todos los países del mundo donde existe Administración, por el mero hecho de poder estar ella en juicio como tal. Pero jurisdicción contencioso-administrativa no la tienen todos los países. No la tiene el nuestro, por ejemplo, en el orden nacional; sí en algunas provincias. Es necesario agregar, para disipar dudas, que *este régimen jurisdiccional especial puede existir aún dentro de la jurisdicción judicial, con tal que el organismo especializado se haya organizado precisamente para resolver los conflictos entre un derecho del particular y el de la Administración; o se le haya atribuido expresamente dicha función.*

Quizá fuera más claro hacer la distinción entre lo *paramente administrativo*, como síndromo del procedimiento que debe seguir el administrado en sus relaciones con la Administración, por ejemplo, para gestionar un contrato administrativo; y lo *contencioso-administrativo*; pues toda Administración activa puede ser objeto de un litigio, en tanto su actuar puede llegar a lesionar un derecho o un interés legítimo del administrado. (Materia contencioso-administrativa).

Pero en ambos casos se está *dentro* de la órbita de la propia administración. Se puede salir de ella y estar entonces frente a la *jurisdicción contencioso-administrativa*, cuando al producirse el conflicto, el administrado puede acudir al *organismo especializado* —sea como órgano del Poder Administrador, sea como órgano del Poder Judicial— que ha de decidir sobre el caso.

El artículo 93 de la Constitución Nacional expresa: "EN NINGUN CASO EL PRESIDENTE DE LA NACION PUEDE EJERCER FUNCIONES JUDICIALES..." y al hablar de jurisdicción administrativa pareciera

que estamos reconociendo que tiene facultades para resolver los conflictos a los que nos hemos referido.

Bicla se pregunta: ¿puede atribuirse a un poder la facultad de ejecutar y juzgar —por poco que sea— un mismo acto? La respuesta adecuada sería negativa: "*Nemo iudex in causa propria*". Pero esta respuesta cobra cada- rda fragmentariamente desde el punto de vista del Poder Judicial.

Con la separación de poderes lo que se busca no es tanto evitar que el Poder Administrador intervenga en el Judicial, sino evitar que el Poder Judicial intervenga en la Administración. De esta forma el problema adquiere su verdadero sentido: en ningún caso el Poder Administrador puede ejercer funciones judiciales, pero tampoco en ningún caso el Poder Judicial podrá ejercer funciones administrativas. Atribuir esa competencia al Poder Judicial sería lo mismo que establecer un sistema de revisión de un poder respecto de otro que debe ser considerado autónomo. Tal, la posición del profesor Bicla.

Antes de entrar a considerar cual, dentro de los diversos sistemas legales que se han adoptado en los demás países, es el más apropiado, es conveniente situar sobre un problema muy importante: elegido el organismo que ha de juzgar en el conflicto consencioso-administrativo, es preciso determinar que competencia ha de dársele al mismo. Y al llegar a este extremo es cuando las cosas comienzan a complicarse, porque mientras los tribunales judiciales son organismos aplicadores del derecho, hay que tener presente —como lo recuerda Merkl— que el funcionario administrativo es un político del derecho. Mientras al juez común le está vedado juzgar sobre la bondad, equidad, u oportunidad de la ley, podría ser conveniente no impedir al juez administrativo que juzgue, no solamente sobre la legitimidad del acto, sino como controlador de la propia actividad. Y es aquí cuando el problema llega a adquirir una proyección insospechada, pues mientras el órgano jurisdiccional propiamente dicho solamente tiene aptitud para resolver litigios sobre la base de *derechos subjetivos* lesionados, el organismo jurisdiccional administrativo podría tener aptitud para defender también *intereses legítimos*.

## II. LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

### SISTEMAS LEGALES.

Examen general en:

#### A) DERECHO COMPARADO

Conviene hacer un ligero análisis de los principales sistemas extranjeros, pues, aparte de su importancia como fuente de información, permite confrontarlos con el sistema vigente en nuestro país, a fin de establecer las semejanzas y diferencias para ver hasta que punto es posible utilizar la doctrina y jurisprudencia extranjeras; pues de lo contrario podemos

correr el grave riesgo de invocar opiniones exactas en el país en el cual se emiten, pero tal vez inaplicables en el nuestro.

El estudio del derecho comparado, en esta materia, debe comensurarse necesariamente con el sistema francés, por la extraordinaria influencia que ha tenido en los demás países, y por el rol preponderante del Consejo de Estado en la formación jurisprudencial del derecho administrativo.

La característica esencial del sistema francés es la existencia de tribunales especiales con competencia para conocer en la mayor suma de los litigios en que es parte la administración; tribunales que son distintos e independientes del Poder Judicial, y que actualmente también están separados y son independientes, de la Administración.

La separación de estos tribunales frente al Poder Judicial existió siempre, desde su origen; en cambio, frente a la Administración, es el resultado de una lenta evolución.

En su origen, el Consejo de Estado no ejercía función jurisdiccional propia y se limitaba a presentar proyectos de resolución, que el Jefe de Estado dictaba en ejercicio de su competencia jurisdiccional. Es lo que se denominó "Justicia retenida". No obstante, en los hechos, este sistema resultaba una ficción, porque el Jefe de Estado se limitaba a homologar las resoluciones que proyectaba el Consejo de Estado. Eso explica las iniciativas tendientes a transformar la posición del Consejo de Estado, para que ejerciera la función jurisdiccional como competencia propia. La ley del 24 de mayo de 1872 consagró definitivamente ese régimen, que se denominó de "justicia delegada". A partir de esa fecha comenzó a desarrollarse vigorosamente la jurisdicción administrativa. Finalmente, en 1953, se introdujo una reforma importante en el aspecto orgánico pues se crearon tribunales administrativos locales con competencia general de primer grado y se transformó así al Consejo de Estado en órgano de apelación para muchos casos.

La competencia está repartida entre los tribunales administrativos y los judiciales, conforme a principios de carácter general. Pero leyes especiales han modificado esos principios. Por consiguiente, además de los casos administrativos por la naturaleza del litigio, existen los contencioso-administrativos por atribución legal expresa. Lo mismo ha sucedido en nuestro sistema provincial, como veremos más adelante.

Hasta 1953 el Consejo de Estado era el juez de principio en materia contencioso-administrativa y en instancia única. Actualmente, su competencia es la siguiente: 1) primera y única instancia en ciertos asuntos. 2) En las apelaciones contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos. 3) En los recursos de casación contra las decisiones de los órganos con competencia jurisdiccional especial.

No nos referimos aquí a los distintos recursos, pues lo hacemos al estudiar los sistemas de nuestras provincias. Cabe destacar, no obstante, que

el recurso por exceso de poder es la creación más original del derecho francés. En su origen fue un recurso jerárquico, que procedía sólo en caso de incompetencia. Posteriormente se ampliaron las causas y se transformó en un recurso jurisdiccional. El objeto del recurso por exceso de poder es lograr la anulación de los actos administrativos ilegales que originan un agravio, con exclusión de los actos contractuales, que pertenecen al recurso de plena jurisdicción y de los actos que pueden ser objeto de recursos ante otros tribunales. Quienes pueden interponer el recurso y las causas de anulación, lo encontramos en nuestros sistemas provinciales, aún cuando, repetimos, Francia es la cuna de todo este sistema.

Veamos ahora BELGICA: Hasta 1946 se siguió una orientación absolutamente opuesta al derecho francés, manteniendo un sistema netamente judicialista. Aún después de la creación del Consejo de Estado en 1946, las diferencias continuaban siendo muy importantes, pero la influencia francesa se ha acentuado notablemente.

La competencia esencial de este Consejo de Estado es entender en los recursos por exceso de poder. Aunque el texto legal (art. 2) no está muy correctamente redactado la doctrina entiende que las causas de ilegalidad son las mismas que en el derecho francés. En cuanto al procedimiento, está regulado ese recurso como un juicio entre el reclamante y la Administración.

ITALIA, como Bélgica, pertenece al sistema judicial. En la primera mitad del siglo pasado existía una gran variedad de regímenes, que desapareció luego de proclamado el reino, al sancionarse la ley de fecha 20 de marzo de 1865, ley que estableció un sistema fundamentalmente judicial.

Los tribunales administrativos italianos tienen competencia en lo que en el derecho italiano se denomina jurisdicción de *legittimità, de merito y esclusiva*.

ESPAÑA: La creación de una jurisdicción administrativa especial fue objeto de muy distintas soluciones en el derecho español del siglo pasado. El régimen vigente se halla establecido en la ley de fecha 27 de diciembre de 1956 que amplió y reguló con singular acierto el recurso que estamos estudiando. Esa ley, junto con otras dictadas en 1957, han significado un verdadero avance del derecho administrativo español. Los órganos que ejercen la jurisdicción contencioso administrativa son las Salas del contencioso administrativo del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales.

La ley establece un recurso único para la impugnación de los actos ante la jurisdicción contencioso administrativa. Tiene que estar precedido de la reclamación administrativa previa, mediante el recurso de reposición.

INGLATERRA: El principio tradicional era que la Administración estaba sometida al control de los tribunales ordinarios en la misma forma que los particulares. Además existía la opinión que no había un verdadero derecho administrativo. Pero a fines del siglo pasado se marcó una acentuada



evolución. Actualmente, no caben dudas acerca de la existencia de un derecho administrativo.

Vamos en forma más que sintética: En cuanto a la organización judicial, existen distintas categorías de tribunales o Cortes. Existen asimismo Tribunales de Condado, con competencia hasta determinada cuantía. Luego está la Corte de Apelaciones que incide en los recursos contra las sentencias de los tribunales de Condado. Finalmente tenemos la Cámara de Los Lores, que es la más alta autoridad judicial y resuelve en última instancia.

Los tribunales y Comisiones administrativas fueron creados por ley y dependen de los distintos ministerios. Son órganos de administración. Ejercen funciones: judiciales, cuasijudiciales y administrativas.

En un principio el rey no podía ser llevado en juicio a las Cortes. Era irresponsable extracontractual y contractualmente. Pero durante el reinado De Carlos II, éste debió pagar deudas cuantiosas y se estableció la responsabilidad contractual. Posteriormente, los funcionarios de la Administración se hicieron responsables extracontractualmente, aún cuando el rey seguía no siéndolo. La responsabilidad de los funcionarios administrativos era tan grande y rígida, que se cumplía perfectamente bien con las demandas de los administrados. Por fin en 1947 el rey es responsable extracontractualmente sin necesidad de pedir la venta.

ESTADOS UNIDOS: Existe responsabilidad contractual y extracontractual. Pero las acciones deben ser llevadas ante el Congreso. El mercantilismo tiene algunas características del sistema de controles del órgano administrativo por el legislativo. El Congreso es quien dicta las leyes de indemnización a los particulares. Para distribuir el trabajo, a principios de siglo, se crea una comisión parlamentaria que luego se transforma en una verdadera oficina que adquiere en la actualidad verdadera importancia: es la *Court of Claims*.

Es ella quien resuelve la responsabilidad contractual del Estado. Es realmente un órgano judicial. El sistema era bastante más complicado, porque existían los llamados *remedios extraordinales*. Estos remedios perseguían la ejecución misma del acto reclamado. Existía además la apelación ante la Suprema Corte. Finalmente, en 1947, se decidió por la ley federal de reclamaciones, que la S. Corte ahora no solo estudia el derecho, sino los hechos.

AMÉRICA LATINA: Existen países con tribunales comerciales administrativos, separados del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo; son: Colombia, Panamá, Uruguay. En Cuba rige la ley española de 1888 que sería acogida también por nuestras provincias. El sistema judicialista es el más generalizado en los países latinoamericanos. Está en vigor en Venezuela, Perú, Bolivia. En Chile la situación es particular. La Constitución determina que **HABRÁ TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS PARA RESOLVER**

LAS RECLAMACIONES QUE SE INTERPONGAN CONTRA LOS ACTOS O DISPOSICIONES ARBITRARIAS DE LAS AUTORIDADES POLITICAS O ADMINISTRATIVAS" (art. 87). Pero estos tribunales no han sido creados y, mientras tanto, las acciones contra la Administración se ventilan ante el Poder Judicial. México y Brasil están en el plano judicialista.

## II LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

### SISTEMA NACIONAL

#### B) SISTEMA NACIONAL:

De acuerdo a las legislaciones recientemente examinadas, podemos agrupar los sistemas positivos en tres clases:

1) Sistema judicialista, 2) Sistema de lo contencioso-administrativo, y 3) Sistema intermedio. En este último cabe la mención al de Prusia. En este país se hacía una distinción entre la Administración pública como persona de derecho privado —en cuyo caso los conflictos de intereses con los administrados serían del conocimiento de los tribunales de justicia— y la Administración pública como persona de derecho público, en cuyo caso se establecían "tribunales especiales". La mencionada clasificación es la que sigue el Dr. Bielsa. Otra más amplia y comprensiva de los sistemas de control de la actividad administrativa, podría ser la siguiente:

1) Sistema del control administrativo por la administración misma. A su vez puede subdividirse en a) Sistema de la administración-just, b) Sistema de los tribunales administrativos.

2) Sistema de control de la actividad administrativa por tribunales judiciales.

3) Sistema del control de la actividad administrativa por el órgano legislativo.

Aún podría agregarse otra clasificación:

1) Sistema del control por el Poder Administrador. Y aquí sí podría hacerse otra subdivisión: a) Sistemas de los tribunales administrativos (vale decir, de la propia administración) y b) Sistema de tribunales separados de la Administración (También separados, es obvio, del Poder Judicial y del Poder Legislativo). En verdad, este último sería el verdadero contencioso-administrativo, el típico. Y, por otra parte, a nuestro entender, el más conveniente. Claro que, erigido el tribunal contencioso-administrativo fuera del Poder Judicial y fuera también del Poder Ejecutivo, tendríamos una jurisdicción especial e independiente, y, en este punto, en nuestro país, el problema que se nos presenta es de índole constitucional.

Según el Profesor Bielsa, en nuestro sistema, el Poder Ejecutivo es poder político y administrador, pero en su órbita no entran las funciones "pre-

*plena jurisdiccional; de índole contenciosa*", sino las propias del Poder administrador activo; por ello puede y debe resolver en vía jerárquica (que no es contenciosa con la Administración), o *revert* en reclamaciones directas sus actos administrativos, pero no juzgados en definitiva cuando los particulares invocan derechos subjetivos y la actividad del Poder Ejecutivo es reglada.

El artículo 95 de la Constitución Nacional le prohíbe al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, aunque no jurisdiccionales, según el profesor Bértola. Lo jurisdiccional sería el género y lo judicial y lo contencioso-administrativo, especies o clases de jurisdicción. La función judicial, en el sentido de la Constitución consistiría en conocer y decidir en todas las causas contenciosas entre los habitantes, o entre éstos y la Nación o las Provincias, ú otros entes públicos.

El Dr. Bosch, por su parte, hace jugar una serie de artículos al contestar negativamente a la pregunta que se formula acerca de si puede establecerse un sistema de control a cargo de tribunales separados del Poder Judicial. Expresa que la Constitución Nacional atribuye el ejercicio de la función judicial a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales inferiores. Alude al art. 95 ya mencionado, por el cual se prohíbe expresamente al Poder Ejecutivo entender en las funciones judiciales. Sosiega que dos artículos más subrayan con fuerza aún mayor la prohibición del 95: el 23, que niega la posibilidad de semejantes funciones (las judiciales) hasta durante el estado de sitio, y el 29 que condena con el terrible anatema de infames traidores a la Patria a quienes ocupen el ejercicio de funciones extraordinarias al Presidente de la Nación.

Además, el artículo 100 dice: "*Corresponde a la Corte Suprema de la Nación y a los tribunales inferiores el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre... de los asuntos en que la Nación sea parte*". Y la referida cláusula debe ser interpretada en un todo de acuerdo con el resto de la Constitución. Ahora bien, no es posible hacer la distinción entre los asuntos en que la Nación es parte, separando las cuestiones contencioso-administrativas de las contencioso-civiles. Nuestra Constitución no distingue, dice Bosch. Y recuerda que la Constitución chilena alude a las causas *civiles* y *comerciales* (Art. 80). Con ese texto sería factible interpretar que lo contencioso-administrativo no es atribución judicial constitucionalmente establecida, pero nuestra ley no hace distinción alguna, a pesar que la Constitución Chilena estuvo en la mente de los constitucionales, y aún delante de sus mesas de trabajo. Y el párrafo no fue comado.

Dejando, por el momento, de lado la cuestión tan debatida de índole constitucional, volvamos, por ahora, concretamente al examen general de la organización de lo contencioso-administrativo en nuestro país:

Vamos primeramente al orden nacional:

Indudablemente se empieza con la ausencia de un sistema orgánico. Por obra de la jurisprudencia, y en especial, de la Corte Suprema de la Nación, se han establecido algunos principios, pero prepondera un sistema casístico con intervención del organismo jurisdiccional por vía del llamado recurso administrativo. Ahora escribe: "Unas veces el Poder Judicial interviene directamente, a requerimiento de parte, sin ningún requisito previo; otras se exige la reclamación anterior ante el Poder administrativo, en cuyo caso debe agotarse la vía administrativa mediante el recurso jerárquico. A veces, aunque la reclamación administrativa sea exigida por la ley, no resulta necesaria en la práctica, como ocurre cuando la resolución del poder administrador impone una decisión denegatoria, porque sería superflua. Otras, la reclamación previa no sólo no está permitida, sino que es necesario ejecutar el acto para luego accionar —*actio et repare*— como ocurre en materia de impuestos. Es decir, que cada situación deberá considerarse frente a disposiciones expresas".

En general, el administrado frente a la Administración tiene la facultad de cuestionar los actos de ésta que lesionen sus *derechos subjetivos*, en tanto se trate de la actividad *normada o reglada*, o *intereser legítimo*, cuando se trate de la *actividad discrecional* de la Administración pública. Tanto en uno como en otro caso el interesado puede ocurrir ante la propia Administración pidiendo la revocación o la anulación del acto administrativo, mediante lo que se llama el Recurso Jerárquico que veremos más adelante.

Solamente si se trata de *violación de derechos subjetivos*, a partir del momento en que se agota la escala jerárquica, el administrado puede recurrir ante la justicia federal, pidiendo que se revoque la resolución administrativa o reclamar la indemnización de los daños causados por el acto administrativo.

Bien, veamos ahora el procedimiento en el orden nacional. Y si hablamos del procedimiento tenemos que referirnos al régimen de demandas contra la Nación. Las dos leyes básicas que nos marcan ese problema son: la ley 3932 del año 1906 y la ley 11.634 de 1932. En ellas se encuentra incluido el procedimiento civil y el procedimiento contencioso administrativo de demandas contra la Nación.

Hicemos brevemente: Los antecedentes históricos comprenden tres grandes etapas:

PRIMERA: 1853-1906: El punto de partida es el art. 109 de la Constitución Nacional. Al dictarse la ley reglamentaria, la ley 48, comenzó a plantearse la discusión respecto a la posibilidad de la Nación para intervenir en juicios con los particulares, como accionada o demandada. La polémica alcanzó ribetes de gran altura parlamentaria.

La opinión preponderante, entonces, fue la de seguir el sistema norteamericano: La Nación no puede ser demandada, sino es por intermedio del Congreso, que era quien debía dictar la ley que resolviera el litigio.

Empero, no hubo acuerdo en la disputa y se optó, al redactar el texto legal, por reproducir el artículo 100 de la Constitución Nacional sin adoptar ninguna reforma.

De esta manera, las primeras cuestiones que se suscitaron fueron resueltas por la Corte Suprema, siguiendo el régimen norteamericano.

Durante los diez primeros años, el alto tribunal mantuvo esta opinión.

Más adelante se inclinó por el sistema inglés, consistente, básicamente en lo siguiente:

La Nación puede ser demandada, pero es necesario: la previa autorización del Congreso, por ley. En el sistema inglés ocurría por aquel tiempo lo mismo, pero el permiso de demanda debía ser dado por el Rey. De modo, pues, que más o menos hasta 1873 era necesaria la previa autorización legislativa.

Luego se hizo una distinción: si a la Nación se la demanda como persona jurídica de derecho privado, no es necesaria la autorización legislativa. Si, sería necesario, si se la demandara como persona jurídica de derecho público. La Corte Suprema siguió invariablemente este régimen.

2ª ETAPA: 1900-1932: En 1900 se dicta la ley 3952, que normativiza la posición de la Corte Suprema. Es decir, de una interpretación jurisprudencial, se pasó a un sistema expresamente contemplado por la ley. La Nación puede ser demandada, sin previa autorización legislativa, como persona jurídica de derecho privado. Como persona jurídica de derecho público, es necesaria la previa autorización del Congreso.

La ley, y por consiguiente el sistema, demostró pronto sus defectos. ¿Cuándo la Nación actúa como persona de derecho privado, y cuándo como persona de derecho público? El problema no era fácil de resolver, porque la distinción es discutible, y si realmente existe, poco nítida. Por otra parte, la venta legislativa no llenaba ningún fin práctico. En efecto: se presentaba, por todos aquellos que desearan demandar a la Nación, un pedido al Congreso. Con todos los pedidos se confeccionaba una lista, y en los últimos días de sesión, se aprobaba la lista sin discusiones. De manera que la venta se concedía siempre.

3ª ETAPA: 1932 hasta la actualidad: En 1932 se dicta la ley 11.634. La reforma al sistema de la ley 3952 consistió en suprimir totalmente la venta legislativa para demandar a la Nación, ya sea como persona jurídica de derecho público o privado, —terminándose, ricamente, con esta distinción.

... El procedimiento para demandar a la Nación tiene lógicas diferencias con el procedimiento común. Los intereses en juego en este tipo de demandas requieren una serie de condiciones especiales.

Por lo pronto es necesaria la reclamación administrativa previa. El particular que quiera demandar a la Nación ante los Tribunales Judiciales, deberá antes agotar la vía administrativa. Se trata, evidentemente, de un privilegio en favor de la Administración; se quiere evitar con ello las incomodidades y los gastos de la Nación en los pleitos. Es, por otra parte, conveniente recordar, una vez más, que no se trata de reglamentar el procedimiento de las causas contencioso-administrativas, sino también de cualquier causa, incluso las meramente civiles.

El Dr. Bosch sostiene que la reclamación administrativa previa es un recurso no formal, de carácter administrativo. Se presenta por escrito ante la autoridad que entienda en el asunto, y se puede recurrir ante las autoridades de superior jerarquía, hasta agotar las posibilidades.

Un problema interesante se planteó con motivo de la nacionalización de los casinos de juego provinciales. Uno de ellos era el de Mar del Plata. El Gobernador de la Provincia de Bs. As. envió notas de protesta al Gobierno Nacional. Posteriormente demandó a la Nación. El Gobierno Nacional contestó que no había existido reclamación administrativa previa. La Corte Suprema Nacional entendió que las notas enviadas por el Gobernador eran suficientes también, como para considerarlas reclamación administrativa; por lo tanto, ellas bastaban para abrir la vía judicial, y aplicar el régimen de demandas contra la Nación.

La reclamación administrativa previa no interrumpe la prescripción. Ello ocasiona múltiples dificultades, porque en muchas ocasiones la acción prescribe antes de agotarse la vía administrativa. Sin embargo, la Corte Suprema ha entendido que, efectivamente, la acción administrativa no interrumpe la prescripción. Por otro lado, si se interpone la demanda ante los Tribunales antes de agotar el trámite administrativo, el juez puede rechazar la demanda de oficio; o bien, el Gobierno puede excepcionar la defensa por defecto legal.

La reclamación administrativa previa no es un requisito de orden público. Es decir, que el Estado puede no requerirla. Por ejemplo: El particular interpone la demanda directamente ante los Tribunales Judiciales, sin haber previamente realizado la reclamación administrativa. Si el Estado contesta la acción, sin referirse a la reclamación que debió realizarse, la acción del demandante prosigue, y el proceso no se interrumpe.

Como hemos dicho, es necesario agotar la vía administrativa. Eso quiere decir que no basta la interposición de la reclamación administrativa. Para iniciar la demanda en los Tribunales es preciso una denegatoria del Poder Ejecutivo. La denegatoria del Poder Ejecutivo abre las puertas para la vía judicial.

Si el Poder Ejecutivo no dicta ninguna resolución, ¿qué ocurre? Es una situación de silencio administrativo, de no decisión. Si la demora se extiende a 6 meses, es factible el reclamo de pronto despacho. Si después de 3 meses

desde la interposición del reclamo de pronto despacho el Poder Ejecutivo no se espide, se considera que hubo denegatoria tácita, y queda abierta la vía Judicial. De modo que por lo menos hay que esperar nueve meses.

Este es el sistema, en términos generales que debe seguirse para poder demandar a la Nación. Pero en la práctica hay muchas diferencias. Se han establecido muchas excepciones a la necesidad de reclamación administrativa previa, por medio de decretos, y de la misma Jurisprudencia, como así también por numerosas leyes.

La Ley 9608 (de accidentes de trabajo), establece que si la Nación es demandada por los trabajadores a su cargo, por la indemnización por accidentes del trabajo, no es necesaria la reclamación administrativa previa. Ello por las especiales circunstancias relativas del derecho laboral. La reclamación administrativa sería una valla demasiado complicada para los trabajadores, a quienes se debe proteger en su condición económicamente débil. *Principios y garantías constitucionales:* La Jurisprudencia ha considerado que tampoco es necesaria la reclamación administrativa previa, cuando están en juego principios y garantías establecidas en nuestra Constitución. Por ejemplo, la defensa de la propiedad, de la libertad de los ciudadanos, etc. *Decreto Ley 28211, de 1944:* La Administración no podrá transar ni enerar en ningún tipo de arreglo con los particulares, por las acciones que ésta hagan por *reintegración de daños y perjuicios*. De modo que es necesario recurrir directamente a la Justicia, sin previa reclamación administrativa. La Jurisprudencia entendió que con este decreto se derogaba la ley 11.634, y que, por lo tanto, no era necesario el trámite administrativo previo.

El fundamento de este extraño decreto era bastante arbitrario. Se consideró que la Administración estaba totalmente corrompida. Por lo tanto, al impedir la reclamación administrativa, y obligarla a defenderse en juicio, ante Tribunales no administrativos, impediría que los organismos administrativos llegaran a acuerdos turbios con los particulares, dañando los intereses de la Nación. Naturalmente, cada vez que hay una Revolución se considera que la administración anterior estaba corrompida, y sobrevienen este tipo de medidas, que no consultan sino meros intereses políticos; la organización administrativa nunca fue demasiado pura, pero tampoco es necesario llegar a esos extremos, y considerarla totalmente deshonesta.

Por supuesto que pronto comenzaron las excepciones de dicho decreto. Un decreto de 1947, el 37.444, estableció que los daños producidos por las aeronaves del Estado, podían ser reclamados ante la Secretaría de Aeronáutica, sin recurrir directamente a los Tribunales Judiciales. No podía ser de otra manera. En muchas ocasiones la responsabilidad de la Administración es tan evidente, que prolongar el proceso y recurrir a la Justicia, para un caso ya perdido de antemano por el Estado, no repara sino gastos y pérdidas de tiempo. Posteriormente un decreto 35.201/48 derogó los efectos del 28.211, respecto a las responsabilidades de la Secretaría de Transporte. Lo mismo

sucedió con el decreto 9068 respecto de las Empresas Estadales y las Entidades Autárquicas.

Presentada la demanda ante la Justicia, el juez envía un oficio a la administración, es decir, a la autoridad administrativa que entiende en el asunto, o que ha sido demandada, para que conteste si efectivamente hubo denegación.

El procedimiento es el de la ley 50, en términos generales, con algunos privilegios de índole procesal en beneficio del Estado; esos privilegios se refieren fundamentalmente a los plazos más amplios, que se conceden a la Nación.

La demanda se notifica por escrito (art. 2º), a la autoridad administrativa (Ministerio) y al Procurador fiscal de la Nación, que es quien representa los intereses del Estado. De modo que hay una doble notificación.

*Término para contestar dado a la Nación:* La ley 50 fija 9 días para contestar la demanda. Para el Estado, en cambio, hay 30 días. Además, durante ese plazo puede oponerse al actor las excepciones dilatorias. Una vez vencidas las excepciones por incidente, la ley 50 fija 6 días para contestar la demanda, y el Estado tiene 15 días.

*Carácter de la sentencia:* es meramente declarativo, en aquellos casos en que la Nación es condenada. El Poder Ejecutivo, es el encargado de cumplirla, y la autorización para el pago de las indemnizaciones o costas, lo deberá dar el Congreso. Pero las Provincias y los Municipios si pueden sufrir condenas ejecutivas.

Una excepción al principio que la Nación no puede sufrir sentencias ejecutivas, es la establecida por la Jurisprudencia respecto a los juicios de expropiación. En efecto, si ya hay fondos afectados al pago de las indemnizaciones, el Estado debe pagar, ejecutando, por lo tanto, la sentencia.

¿Qué es la reclamación administrativa? Cuando se pide ante una autoridad administrativa la revocación o reforma de un acto emanado de ella, hay en sentido lato reclamación administrativa. Típica a este respecto es la reclamación que exige la ley nacional 3952, ante el Poder Ejecutivo. Se diferencia, pues, del Recurso Jerárquico. Si bien, en general, las leyes relativas al recurso contencioso-administrativo disponen que antes de promoverlo es necesario la reclamación administrativa previa y que ésta debe ser denegada, entendamos que ella existe de cualquier manera en toda Administración, aún cuando no existiere establecida expresamente en texto alguno.

No sucede ello con el Recurso Jerárquico, pues se trata de un recurso formal.

De cualquier manera, si la ley no hubiera contemplado en sus decretos del 7 de abril de 1933, 7 de noviembre de 1934, con la reforma definitiva dada por el decreto 7320 del 22 de marzo de 1944 y últimamente el decre-



no 2126 del 20 de marzo de 1961 al recurso jerárquico (y en ese último el recurso de revocatoria, pero lo que en verdad precisa es el campo o desenvolvimiento de ésta), de cualquier manera—decíamos— los derechos de los administrados en su trato jurídico con el Estado estarían garantizados por la Constitución Nacional en los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 y concordados.

El recurso de revocación se promueve ante la misma autoridad que ha dictado un acto irregular (que no sea una mera vía de hecho, porque entonces el acto no es administrativo). Puede promoverse también directamente ante el superior jerárquico. El decreto 2126/61, en su único art. dice: "EL RECURSO DE REVOCATORIA A LOS EFECTOS DEL DECRETO 7320/44, SERÁ RESUELTO POR LAS AUTORIDADES SUPERIORES DE LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS Y POR LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION CENTRAL CON JERARQUIA INMEDIATA INTERIOR A LA DE SUBSECRETARIO DEL MINISTERIO O SECRETARIA DE ESTADO".

De modo que, cómo considera el Dr. Canali ese decreto en realidad pareciera querer precisar en forma más gráfica y objetiva dentro de la denominada pirámide jerárquica o árbol genealógico, el verdadero destino entre los dos recursos: el de revocatoria y el jerárquico.

Ahora bien: denegado el recurso de revocatoria, entonces queda expedita la vía del recurso jerárquico. Por ello en el segundo apartado del decreto 2126 se agrega: "CONTRA LAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS ENUMERADOS EN EL PARRAFO 1° Y DE LOS FUNCIONARIOS DE JERARQUIA SUPERIOR DE CADA DEPARTAMENTO CORRESPONDE DIRECTAMENTE EL RECURSO JERARQUICO, SALVO LAS EXCEPCIONES CONTENIDAS EN LAS NORMAS VIGENTES". En verdad esta última frase nos deja enormes dudas sobre su alcance y siendo una salvedad "in genere" debilita enormemente el principio normativo que, como sostiene el Dr. Canali, no debiera tener excepciones, más aún cuando el contralor tiene vigencia constitucional.

En lo que respecta a los organismos descentralizados, la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emanó el acto no puede ser otro que el directorio de dicho organismo. El recurso de revocatoria debe presentarse ante éste dentro de los quince días. Dicho organismo tiene diez días para pronunciarse. Si lo hace negativamente, entonces el interesado tiene quince días para interponer el recurso jerárquico, que es directo ante el Poder Ejecutivo. Igual en caso de silencio.

En cuanto al procedimiento dentro de la Administración centralizada... ¿cuál es el vértice de la pirámide?... Sin ninguna duda el Poder Ejecutivo, aún cuando en la práctica el procedimiento termine en los ministerios.

Pueden hacerse aún dos objeciones más al decreto 2126/61: En primer lugar, no existe una exigencia formal de asistencia letrada. Craso error. No es

juicio que en los considerandos del decreto se insiste que el particular debe defenderse sólo sobre todo otorgado en cuenta que todo lo actuado en sede administrativa formará el expediente que algún día habrá de servir de prueba en los estrados judiciales, dado que todo planteamiento conduciría necesariamente allí, si la Administración no acepta el reclamo del administrado. Además, toda institución administrativa tiene sus aserciones legales. Está, pues, el administrado en un plano de desigualdad. La otra tremenda injusticia es la ya señalada que la prescripción no se interrumpe. El particular se ve obligado a la reclamación administrativa previa. Cumple con ella porque la ley lo obliga, pero la prescripción no se interrumpe!!!...

Indudablemente este actuar dentro de la Administración y someterse a sus decisiones, es en exclusivo beneficio de la propia Administración. Con todos estos trámites la Administración tiene oportunidad de rever sus actos, sin riesgo de ninguna naturaleza pudiendo, de esta manera, evitarse todos los pleitos, cosa que, pareciera que tampoco le interesa, por cuanto los pleitos se prescriben a gravel y el silencio del Estado es, en nuestra Administración la regla. Esto ha hecho pensar, a nuestro juicio, muy acertadamente, que si el silencio del Estado valiera como revocación, la responsabilidad de los funcionarios negligentes se haría más sensible y se cuidarían más por ser diligentes. En cambio, como expresa el Dr. Canali, si funciona como negativa, la apatía burocrática se reafirma y los pleitos se multiplican. La doctrina italiana sostiene el criterio que juzgamos adecuado.

Para terminar con el orden nacional diremos que si bien no existe instituida orgánicamente la jurisdicción contencioso-administrativa, en algunas leyes se ha hecho referencia a ella, por ejemplo, al determinar la competencia de los jueces. En este sentido el sistema— si puede llamarse tal— en punto a la jurisdicción federal, lo forman dos textos: la ley 27, sobre organización de tribunales federales, y la ley 48, que trata sobre jurisdicción y competencia de los tribunales federales. Además la ley 3912, la 11.654 y la 4035.

## **II LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **c) SISTEMA PROVINCIAL**

En el orden nacional no hay, pues, Código en lo Contencioso Administrativo. Si lo hay en el orden provincial; sólo cuando no todas las provincias tienen codificada especialmente esta materia. En estas últimas, se utilizan simplemente el procedimiento civil. En alguno de estos casos los Códigos de Procedimientos Civiles contienen algunas disposiciones sobre la materia que estamos tratando.

Las provincias que poseen códigos de procedimientos en lo contencioso administrativo son: Buenos Aires: desde 1906; Salta: 1908; Córdoba: 1941; La Rioja: 1947; Jujuy: 1948; Santa Fe y Santiago del Estero: ambas desde 1951.

De modo que podemos hacer la distinción entre códigos antiguos y códigos modernos, mas no por la fecha que han sido sancionados, sino por la clase de derechos que protegen. Los códigos antiguos son el de Buenos Aires y el de Salta, con parecidas características. Los Códigos modernos tienen similares características al de Córdoba, que inicia una nueva etapa en la codificación de lo contencioso-administrativo. Adelantamos ya que las diferencias entre ambas clases de códigos se vinculan principalmente con el problema de la protección de los *derechos subjetivos* y de los *intereses legítimos*. El código de Buenos Aires, por ejemplo, sólo regula la protección de los derechos subjetivos de los particulares. El Código de Córdoba, en cambio, que data de 1941, regula la protección de los intereses legítimos, creando, de esta manera, lo que ha dado en llamarse *el contencioso objetivo*. El código de Santa Fe afina aún más la técnica y legisla sobre el recurso que en Francia llaman de "*denegación de poder*", pues entre las causales de anulación del acto administrativo incluye "ilegalidad en el fin del acto". La Rioja legisla en igual forma que Santa Fe. Las demás provincias que contienen el recurso por exceso de poder, sólo incluyen entre las causales de anulación: 1) incompetencia de jurisdicción, 2) defecto de forma y 3) violación de la ley en cuanto al fondo del acto administrativo. De manera que en nuestros sistemas provinciales se dan las tres clases de recursos:

*PLENA JURISDICCION*: Buenos Aires y Salta.

*EXCESO DE PODER*: Córdoba, Jujuy y Santiago del Estero.

*DESVIACION DE PODER*: Santa Fe y La Rioja.

Los dos últimos integran lo que ha dado en llamarse el recurso de anulación, o, como dijéramos antes, el contencioso objetivo; el de Plena jurisdicción es el contencioso subjetivo, aún cuando aquella denominación —contencioso-objetivo— es bastante discutible.

En realidad la utilización de uno u otro sistema no es indiferente, puesto que se diferencian fundamentalmente en: cuanto a: <sup>1</sup>

a) *La finalidad*:

- A) EL DE PLENA JURISDICCION: Persigue el restablecimiento o reparación de un *derecho subjetivo*.
- B) EL DE ANULACION (O DE ILEGITIMIDAD, U OBJETIVO, O DE EXCESO DE PODER): Protege el *derecho objetivo*, el restablecimiento de la legalidad. Protege también, de esta manera, el *interés legítimo*.

b) *El procedimiento*:

- A) EL DE PLENA JURISDICCION: El *régimen procesal es análogo al juicio civil ordinario*.

B) EL DE ANULACION: *No es necesario el juicio pleno. Por lo general la Administración no es parte.*

c) *La sentencia:*

- A) EL DE PLENA JURISDICCION: *Es de condena.*
- B) EL DE ILEGITIMIDAD: *Es meramente declarativa.*

d) *Efectos de la sentencia:*

- A) PLENA JURISDICCION: *La sentencia produce efectos de cosa juzgada tan sólo para las partes. (La Administración es parte).*
- B) EL DE ILEGITIMIDAD: *Si la sentencia es confirmatoria: la cosa juzgada existe sólo para el recurrente, y sólo por el motivo que basó el recurso. Si anula la resolución administrativa, el efecto es "erga omnes".*

Es en torno a estas premisas fundamentales que veremos los sistemas de nuestras provincias. Comencemos primeramente el estudio en el de Buenos Aires, estableciendo el paralelo con las demás.

La primera constitución de la provincia de Bs. As. es de 1854. En su articulado se establecía que la legislatura reglaría un *tribunal especial* para conocer en lo contencioso-administrativo.

En el Senado se proyectó un régimen que consistía fundamentalmente en que las causas contenciosas administrativas eran del exclusivo conocimiento del Poder Ejecutivo, lo mismo que todo lo referente a causas de hacienda. Albino defendió ese proyecto, que fue, empero, rechazado.

En 1857 se dicta la ley 166; en ella se establece la posibilidad de apelar de las resoluciones administrativas ante los tribunales judiciales. Hasta 1873 el régimen fue ese: las causas contencioso-administrativas las resolvían los organismos de la Administración, pero era posible apelar ante los tribunales judiciales. En 1873 una ley resuelve el trasvase directo del conocimiento de las causas contenciosas administrativas a los tribunales superiores locales, vale decir, a la Suprema Corte de Justicia, que resolverá, en adelante, en juicio pleno y única instancia.

Más adelante, en 1889, al dictarse la constitución, en su artículo 137, inc. 3º dice: "ATRIBUCIONES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA: DECIDE LAS CAUSAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS EN UNICA INSTANCIA Y JUICIO PLENO, PREVIA DENEGACION O RETARDACION DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMPETENTE AL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS QUE SE GESTIONAN POR PARTE INTERESADA. LA LEY DETERMINARA EL PLAZO DENTRO DEL CUAL PODRA DEDUCIRSE LA ACCION ANTE LA CORTE Y LOS DEMAS PROCEDIMIENTOS DE ESTE JUICIO".

El artículo 126, inciso 3º de la actual Constitución es similar.

La Constitución de Santa Fe en su artículo 86 inc. 4° declara atribución de la Corte Suprema de Justicia: "CONOCER Y RESOLVER LAS CAUSAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS CUANDO PREVIAMENTE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DENIEGUEN O RETARDEN EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS CUESTIONADOS POR PARTE INTERESADA".

La Constitución de Córdoba, en su artículo 118 establece: "EL SUPERIOR TRIBUNAL TIENE LAS SIGUIENTES ATRIBUCIONES: INC. 3°: CONOCE Y RESUELVE EN LAS CAUSAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS, DE ACUERDO A LO QUE ESTABLEZCA LA LEY DE LA MATERIA".

De acuerdo a lo establecido en estos textos, son bases constitucionales del contencioso administrativo, las siguientes:

En cuanto al TRIBUNAL que ha de conocer de la contienda, *ha sido conferida la jurisdicción con carácter extraordinaria, al cual otro tribunal de justicia de cada provincia.*

Cabe afirmar que cada Constitución local ha atribuido la *jurisdicción contencioso-administrativa a la Suprema Corte como tribunal eclesiarco y excluyente de toda otra; jurisdicción que ejercita dentro de los límites de la competencia que le fija el código de la materia.*

En cuanto a la instancia única y el juicio pleno, lo primero es la consecuencia lógica de conferir a un tribunal único el juzgamiento de las causas contencioso-administrativas; lo segundo es base que sólo se encuentra en las constituciones de Buenos Aires, Corrientes, San Luis, Santiago del Estero, La Pampa y Chaco; pero que, en verdad, sólo puede armonizar con el contencioso de carácter subjetivo.

Las Constituciones provinciales no han definido el caso contencioso administrativo. Se han limitado a sentar las bases que mencionamos dejando a la ley la delimitación del contencioso administrativo y el civil, de lo que en materia de la jurisdicción del Tribunal de lo contencioso administrativo y lo que escape a esa jurisdicción.

Es la legislatura local, como materia de su incumbencia, por delegación constitucional, la que debía hacerlo. Ese mandato se cumple en la provincia de Bs. As. al dar, el 22 de diciembre de 1905, fuerza de ley al proyecto de código preparado por Varela. Ese código sigue en general, y en numerosos detalles, a la Ley Española de lo contencioso del 13 de setiembre de 1888 y su ampliación del 22 de junio de 1894.

El Dr. Luis Varela no era, precisamente, un especialista en la materia. Ha logrado, no obstante, un código equilibrado y flexible. Varela proteja con una introducción doctrinaria su código. En ella se observa que se ha inclinado hacia las fuentes anglosajonas. Según el Dr. Bosch, Varela ha recurri-

do sensatamente a las funciones mencionadas, porque —dice— todo nuestro sistema constitucional está comado de las fuentes a las que nos hemos referido. Sin embargo, le falta a Varela profundidad de conocimientos.

La primera parte del Código precisa el contenido de la materia que estamos estudiando. La segunda parte trata el aspecto formal, el procedimiento.

Ahora bien: como el contencioso administrativo definido en los artículos 1° y 28 del Código es obra exclusiva del legislador y no de la Constitución, estará siempre en manos del legislador ampliar el concepto, a condición de respetar las bases constitucionales, y puede convertir en contencioso-administrativo algún contencioso que, por su naturaleza, podría ser considerado como caso civil, y puede hacerlo si un motivo de interés o conveniencia pública así lo aconseja. Es lo que ha ocurrido en el caso del artículo 783 del Código de Procedimientos Civiles, sobre posesión definitiva de la tierra pública, que se ha declarado caso contencioso-administrativo; y a la inversa se ha excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa algún caso que por su naturaleza correspondía a esa jurisdicción, por ejemplo: las concurrencias sobre expropiación.

En realidad, ésto no es una anomalía de nuestro derecho, pues ya en el derecho francés se admite que puede serlo de

- Por su naturaleza
- dos modos:
- Por determinación excepcional de alguna ley.

Bien, estudiemos en primer lugar los requisitos que deben llenarse para considerar un acto atacable mediante el recurso contencioso-administrativo: Ellos pueden ser: formales y materiales.

*Los requisitos formales:* Vía administrativa previa, agotada. El acto debe ser definitivo, es decir, no interlocutorio. Debe ser causante de estado, o firme, es decir, que esté consentido.

En otras palabras: el titular del derecho debió haberlo reclamado ante la autoridad administrativa competente; y esa reclamación debe ser denegada por resolución que cause estado, o que deba tenerse por tal si transcurrieren los plazos legales sin que la resolución definitiva hubiese sido dictada.

*Los requisitos esenciales:* Que exista a favor del particular o de la entidad jurídica demandante un derecho subjetivo de índole administrativa, y no de índole civil o política. Que ese derecho haya sido vulnerado por la autoridad administrativa en el ejercicio de sus facultades regladas, y no de sus facultades discrecionales.

Los dos requisitos esenciales y el mencionado en último término de los dos formales se encuentran en las disposiciones de los artículos 1, 28 y 7 del código contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires. El

requisito de la Reclamación Administrativa Previa resulta del texto constitucional.

El artículo 1º del código de Buenos Aires dice: "A LOS EFECTOS DE LA JURISDICCION ACORDADA A LA SUPREMA CORTE POR EL INCISO 3º DEL ARTICULO 157 DE LA CONSTITUCION (se refiere a la Constitución de 1889. En la Constitución vigente se halla legislado en el artículo 136, inciso 3º) SE REPUTARAN CAUSAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS LAS QUE INICIEN LOS PARTICULARES O ALGUNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, RECLAMANDO CONTRA UNA RESOLUCION DEFINITIVA DICTADA POR EL PODER EJECUTIVO, LAS MUNICIPALIDADES, O LA DIRECCION GENERAL DE ESCUELAS Y EN LA CUAL SE VULNERE UN DERECHO DE CARACTER ADMINISTRATIVO, ESTABLECIDO EN FAVOR DEL RECLAMANTE POR UNA LEY, UN DECRETO, UN REGLAMENTO U OTRA DISPOSICION ADMINISTRATIVA PREEXISTENTE".

El artículo 28, repite, ampliando el texto manuscrito. La fuente es la ley española, artículo 1º.

En similar sentido, el Código concencioso administrativo de Córdoba, en su art. 1º, que establece: "CORRESPONDE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA A LAS CAUSAS QUE SE PROMUEVAN POR PARTE LEGITIMA RECLAMANDO DE RESOLUCIONES DEL PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA, DE LAS MUNICIPALIDADES O DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PROVINCIALES O MUNICIPALES, CON FACULTAD PARA DECIDIR EN ULTIMA INSTANCIA, SIEMPRE QUE CONCURRAN LOS SIGUIENTES REQUISITOS:

- A) QUE LA RESOLUCION CAUSE ESTADO.
- B) QUE EMANE DE LA ADMINISTRACION EN EJERCICIO DE SUS FACULTADES REGLADAS.
- C) QUE VULNERE UN DERECHO DE CARACTER ADMINISTRATIVO ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD A FAVOR DEL RECURRENTE, POR UNA LEY PROVINCIAL, ORDENANZA, REGLAMENTO, CONCESION O CONTRATO DE SERVICIO PUBLICO U OTRAS DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS PREEXISTENTES".

El Código de La Rioja, en su artículo 6º expresa: LOS RECURSOS QUE ESTE CODIGO AUTORIZA SOLO PODRAN EJERCERSE CONTRA RESOLUCIONES DENEGATORIAS DEL DERECHO INVOCADO, DICTADAS POR AUTORIDAD COMPETENTE, LUGO DE AGOTADA LA VIA ADMINISTRATIVA, MEDIANTE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS REGLAMENTARIOS EN EL TRAMITE ADMINISTRATIVO".

Igual a éste último es el artículo 4º del Código de Santa Fe.

Volviendo al Código de Buenos Aires, observamos que la reclamación administrativa previa no aparece enunciada como presupuesto esencial, ni en el art. 1º ni en el 28. La explicación estaría en que, tratándose de una formalidad expresamente impuesta por el texto constitucional, debía tenerse por sobre entendida. Además está implícita en el inciso 1º del artículo 28, punto que la resolución definitiva que da motivo al recurso, presupone la reclamación administrativa en la que esa resolución ha de producirse.

Los otros Códigos provinciales hacen referencia expresa a ese requisito (Córdoba en el art. 6 y Santa Fe en el 7), pero hacen también la salvedad que no será necesaria cuando la decisión administrativa haya resuelto definitivamente, de oficio o a petición de parte, sobre el derecho del demandante.

El código de Buenos Aires no contiene esa salvedad; ni habría podido hacerlo, al menos con respecto a las resoluciones administrativas dictadas de oficio, pues habría contrariado el imperativo constitucional de la previa reclamación ante la autoridad administrativa que dictó la resolución "ex officio", como en el caso de los artículos 2º y 3º en los que la formalidad a la que estamos aludiendo aparece expresamente enunciada, porque en las situaciones jurídicas allí contempladas podía aparecer como dudosa la necesidad de la reclamación administrativa para que quede abierta la vía concensioso-administrativa.

Siguiendo con el análisis de nuestros artículos, la resolución ha de tener el carácter de *definitiva*, que en la resolución que pone término a la reclamación administrativa que está obligado a incorporar el titular del derecho subjetivo en valimiento de ese derecho, y, que por ser denegatoria en todo o en parte de esa pretensión, abre la vía concensioso ante la Suprema Corte.

Dice Sanzamaría de Paredes: "*Debe estar agotada la vía gubernativa*". "La resolución ha de tener el carácter de definitiva porque mientras no tenga la Administración puede dictar otra, en virtud de la facultad que tiene el Superior de revocar, suspender y corregir los actos del inferior". No hay agravio —sigue diciendo Sanzamaría de Paredes— en tanto la Administración no dice su última palabra. Cuando la resolución adquiere esa firmeza que impide toda reforma o mudanza por parte de la Administración, se ha llegado al límite de la apelación, y se dice que *cumple estado*.

El artículo 10 del Código de Santa Fe dice: "*Resolución definitiva y que cumple estado*". No hay en ello redundancia, pues se trata de dos condiciones que deben concurrir en la resolución administrativa denegatoria del derecho reclamado para que quede abierta la vía concensioso-administrativa.

La resolución es *definitiva*, a los fines de la acción del particular afectado en su derecho, en cuanto *cumple de la autoridad administrativa que debe dictarla en último recurso* decidiendo la cuestión en la instancia pro-



movida y causa estado, en cuanto cierra sus instancias impidiendo una nueva reclamación o reconsideración del interesado.

Es así que puede darse una resolución que provisoriamente deniega el derecho reclamado y que, por ese motivo, no causa estado. Como puede, a la inversa, haber resolución administrativa que cause estado, pero que no abra la vía contencioso administrativa por no emanar de la autoridad que, según la ley, debe dictarla en último recurso.

Tampoco debe confundirse resolución firme con resolución no definitiva que cause estado, pues luego de notificada ha sido consentida.

La resolución firme no admite recurso alguno, ni jurídico ni contencioso administrativo, al paso que contra la definitiva hay recurso dentro de un término legal.

Resolución definitiva, repetimos, es la que dicta la autoridad superior y que ya no puede revertirse por la propia autoridad.

Las resoluciones administrativas tienen distintos efectos. Así, el tribunal que por la ley debe resolver en única o en última instancia una cuestión contencioso administrativa, no puede hacerlo si el recurso se ha deducido fuera de término tratándose de una decisión denegatoria expresa, pero no cuando se trata de silencio de la Administración.

Una resolución causa estado cuando contra ella se ha interpuesto recurso de alzada en vía administrativa y ha sido confirmada, o cuando se ha denegado expresa o tácitamente ese recurso. Pero aún entonces, si bien la decisión causa estado, no constituye fatalmente cosa juzgada. Y ello ya así porque para que haya cosa juzgada es necesario que el tribunal dicte sentencia que ponga fin a esa jurisdicción.

Vimos anteriormente que las leyes locales exigen actividad reglada. A este respecto, como en tantos otros, el código de Buenos Aires se ha inspirado en la Ley española (art. 1° y 2°). En la actividad reglada la norma que la regula o es creadora o es protectora de un derecho subjetivo. En la actividad discrecional estamos en presencia de una actividad libre por no haber normas que la restrinjan; de modo que el acto administrativo emanado en el ejercicio de esa actividad no podría ser sometido al juzgamiento del tribunal de lo contencioso de plena jurisdicción, desde que faltaría la norma que le sirva de pauta para decidir de la legalidad de ese acto.

El artículo 28 establece además que la reglamentación de la actividad administrativa ha de resultar de leyes o disposiciones superiores. El vocablo ley tiene en este caso un sentido material, en cuanto comprende, tanto el acto legislativo, como el reglamento que emane del Poder Ejecutivo, o las ordenanzas municipales. El mismo artículo, en su inciso 3° alude al acto reglado por disposiciones anteriores, pues puede ocurrir que un acto administrativo aunque discrecional originariamente, viene a autolimitar los po-

deces de la autoridad administrativa que lo produjo, si con él ha dado nacimiento a un derecho subjetivo; no pudiendo, por ello, revocarlo ad libitum.

En el inciso 5º del mismo artículo 28 se establece: que la resolución valiere un derecho de carácter administrativo *constituido anteriormente* en favor del demandante...". Quiere decir que debe tratarse de un derecho adquirido y no de un derecho en expectativa.

En cuanto a la índole jurídica del derecho subjetivo los arts. 1º y 28, inc. 3º aluden... *en favor del demandante por una ley, un decreto, un reglamento o otra disposición o precepto administrativos*". Aparece omitida una de las fuentes más importantes: *el contrato*. El Código de Córdoba y el de Santa Fe tienen el acierto de incluirlo en la enumeración. Ese olvido se salva con la amplia disposición del art. 3º que da lugar a la demanda contra las decisiones de la autoridad contratante que ha interpretado, modificado y aún rescindido el contrato administrativo en detrimento de los intereses del contratista.

El inciso 4º del artículo 28 reza: "QUE NO EXISTA EN LOS TRIBUNALES DE OTRA JURISDICCION OTRO JUICIO PENDIENTE SOBRE LOS MISMOS DERECHOS A QUE SE REFIERE LA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA". Ese inciso complementa al artículo 15 que sólo se limita a establecer: "LA PARTE QUE HUBIERE INTENTADO SU ACCION POR LA VIA ORDINARIA NO PODRA ABANDONARLA PARA SEGUIR LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA". No da pues una solución definida al problema. A estar a la explicación contenida en la nota, se ha querido impedir de ese modo la susanciación paralela de dos juicios ante tribunales distintos y en persecución de un mismo derecho; de modo que el interesado se atenga al juicio civil primeramente promovido sin poder abandonarlo para promover el contencioso administrativo.

El Código de Salta, en su artículo 15 como el Código de Procedimientos Civiles de San Luis, en su artículo 483, han reproducido el texto del art. 15 de Buenos Aires. En cambio, el de Córdoba establece en el artículo 5º, apartado D, que *no corresponde la vía contencioso administrativa... Contra actos susceptibles de otra acción o recurso ante distintos jurisdicciones*". Los Códigos de La Rioja (art. 14, g); de Jujuy (art. 14, f); Santiago del Estero (art. 3, f) y de Santa Fe (art. 12, e), repiten lo dispuesto en el Código de Córdoba.

En cuanto a los interdictos posesorios y la vía contencioso administrativa, queda en pie la vieja cuestión de que se habla en la parte final de la nota al artículo 14 del código de Buenos Aires y que ha dado lugar a encontradas decisiones jurisprudenciales, en casos como el de la disposición de un campo, o la apertura de un camino, dispuestas por la autoridad administrativa en propiedad de terceros.

Las situaciones que pueden presentarse son diversas: el del acto lesivo del derecho del particular producido por la autoridad en el ejercicio de una facultad discrecional; o también en el ejercicio de una facultad reglada por ley positivamente; puede el acto haberse ajustado a los preceptos de la ley administrativa, o haberlo sido en infracción de ella; puede haberse cumplido sin oposición del interesado, o por actos de violencia que imponen despojo o turbación de la posesión; o haberse producido la desposesión sin la debida resolución administrativa que la autorice. En tales casos que acción le corresponde al particular?

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires no es uniforme. En sus primeros fallos decide que los actos de las Municipalidades relativos a la apertura, modificación o establecimiento de caminos y otras en cuanto lleguen a afectar los derechos de un particular, no podían dar lugar a las acciones interdictales, por tratarse de actos de pura administración y constituir, por ello, otros tantos casos consencioso-administrativos que debían ser sometidos a la Suprema Corte, previa la reclamación administrativa.

Esa jurisprudencia se mantiene en diversos casos, pero luego el tribunal da un vuelco y decide una cuestión de competencia sobre el punto, declarando que el conocimiento del inrecurso promovido por el interesado ante la justicia ordinaria, no constituiría caso consencioso-administrativo, por cuanto la demanda se fundaba en la violación de un derecho civil y no de un derecho de carácter administrativo.

Vamos ahora quienes pueden ser los sujetos activos y pasivos del recurso consencioso-administrativo.

En cuanto a la parte demandante los textos legales no dejan lugar a dudas. El precepto constitucional lo califica de "parte interesada", y el art. 38, al igual que el 1° establecen que la demanda podrá interponerse por un particular, o por una autoridad administrativa, o por el Fiscal de Estado.

Una municipalidad, un ente autárquico, la misma provincia pueden ser titulares del derecho vulnerado. Y por supuesto, los particulares.

En cuanto a la parte demandada, la Constitución dice: *la autoridad administrativa que ha derogado el derecho*. El art. 1° del Código de Buenos Aires expresa: *Poder Ejecutivo, municipalidades*, y señala también la *Dirección General de Escuelas*. Esta última ha dejado de ser entidad autárquica. En cambio hay otros entes autárquicos que tienen la categoría de "autoridades administrativas", cuyas resoluciones, al igual que las emanadas del Poder Ejecutivo y de las Municipalidades, pueden ser objeto de impugnación. Tal sucede, por ejemplo con las resoluciones del Directorio del Banco de la Provincia, que afectan la estabilidad o la jubilación de sus empleados. O las resoluciones de la Cámara Fiscal, al conocer por vía del Recurso Jerárquico de las decisiones emanadas de la Dirección General de Rentas (art. 57 Código Fiscal).

El Código de Córdoba tiene una fórmula más comprensiva. Atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las causas que se promuevan por parte legítima, agraviándose de las resoluciones del: 1) Poder Ejecutivo, 2) Municipalidades, 3) o de otras autoridades administrativas, provinciales o municipales, con facultades para decidir en última instancia.

Una característica interesante: el Fiscal de Estado, representante de la Pcia. y encargado de defenderla, podía también iniciar juicio contra ella, ya ya en el régimen anterior al Código de Buenos Aires. Varela pensó que se trataba de una contradicción y en su proyecto anuló el sistema. Pero la ley lo volvió a incluir. El art. 120 de la actual Constitución de Buenos Aires establece que habrá un Fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso-administrativos y en todos aquellos en que se controversian intereses del Estado. La ley debe determinar la forma en que ha de ejercer su función.

En igual sentido el art. 80 de la Constitución de la Pcia. de Santa Fe.

De conformidad al texto constitucional, el Código de Buenos Aires ha reconocido al fiscal el doble desempeño:

- 1) *ser parte actora*, en defensa del patrimonio del Fisco.
- 2) *ser representante obligado del Poder Ejecutivo*, en las demandas que le promuevan los particulares u otra entidad administrativa.

Cuando el Fiscal es el que interpone la demanda, es el Asesor de Gobierno quien tiene a su cargo la defensa.

*Vamos ahora al Procedimiento:* El Tribunal: ya adelantamos que lo es el más alto tribunal judicial de cada provincia.

En cuanto a la demanda: hay que pedir el expediente administrativo, para probar el agotamiento de la vía administrativa. Está previsto el caso que la Administración se demose en la entrega del expediente, (art. 33, 34, 35). Los requisitos formales están establecidos en el art. 31. Con la demanda se presenta la prueba. Pero ésta tiene características propias. Aun cuando la ley civil es supletoria. (Así lo establecen los arts. 12 y 23), y podría serlo también en esta materia. Tiene el régimen de la prueba, como lo acabamos de señalar, características propias:

- a) en cuanto a la oportunidad para su ofrecimiento (art. 50);
- b) En cuanto a la facultad del tribunal para apreciar la pertinencia de la prueba ofrecida a fin de disponer su recepción o su rechazo (art. 55);
- c) En cuanto a la absoluta discrecionalidad del Tribunal para el ordenamiento de medidas para mejor proveer (art. 54).

Es que, la preponderancia que las partes tienen en el juicio ordinario civil, no puede concebirse, lógicamente en el juicio contencioso-administrativo. La justicia administrativa ha sido, en un principio, emanación del mismo poder administrador que, aún en caso, no se limita al declarar el derecho del particular, sino que debe ejercer un superior control de legalidad sobre la Administración misma.

En el juicio contencioso-administrativo no solo se debe reconocer la pertinencia de la prueba ofrecida, sino también juzgar sobre la necesidad de producir "la que no se ofrece", si ella se estima indispensable; el examen de la legalidad de esa prueba incurre al tribunal con competencia en lo contencioso-administrativo. En suma, a diferencia del proceso civil ordinario, en el contencioso-administrativo es principalmente *actius*. De no ser así, el procedimiento sería el ordinario y estaría demás la distinción entre lo contencioso judicial y lo contencioso-administrativo".

Vayamos ahora a un tópico muy importante: LA SENTENCIA.

En cuanto a su fundamentación jurídica el Código de Buenos Aires y aún el de Córdoba guardan silencio a este respecto. No sucede lo mismo con los códigos que han seguido las sugerencias del Dr. Botta. El art. 67 del código de La Rioja establece que "la sentencia será fundada expresamente en el derecho positivo y en principio establecidos en leyes de aplicación analógica al caso que se juzga. Aplicará, en primer término, disposiciones del derecho constitucional, administrativo y fiscal, y solo subsidiariamente, disposiciones legales y principios del derecho civil y penal".

En igual sentido, el art. 68 del código de Santa Fe, el 74 del de Jujuy, y el 61 del de Santiago del Estero. También se establece, por ejemplo, que la consumbre será admitida como fundamento subsidiario, si se conforma a los principios del derecho y no se opone al interés público ni, por supuesto, a textos positivos de derecho público.

Contra la sentencia, hay tres recursos:

- A) DE ACLARACION,
- B) DE REVISION,
- C) DE NULIDAD.

Para interponerlos, hay cinco días de plazo.

Pasemos, por fin, a la Ejecución de la Sentencia: El precepto constitucional estatuye, en el art. 139 de la Constitución de 1889 (126, inc. 3º de la actual) "EN LAS CAUSAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS LA SUPREMA CORTE TIENE LA FACULTAD DE MANDAR CUMPLIR DIRECTAMENTE SUS SENTENCIAS POR LAS OFICINAS O EMPLEADOS RESPECTIVOS, SI LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA NO LO HICIERE DENTRO DEL PLAZO DE SESENTA DIAS DE NOTIFI-

CADA LA SENTENCIA. LOS EMPLEADOS A QUE ALUDE ESTE ARTICULO SERAN RESPONSABLES POR LA FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES DE LA SUPREMA CORTE".

Se ha estimado conveniente reconocer en un texto constitucional la natural facultad del tribunal de lo contencioso-administrativo para hacer cumplir de propia autoridad la sentencia que dicte, si la Administración condenada rehusara hacerlo en el término fijado al efecto, pues con ello se despeja toda duda y se aparta el reparo de orden institucional que se pretendiera derivar del principio de la separación de poderes.

Según las actas de la Convención que sancionó la Constitución de 1889, los debates versaron sobre los términos en que debía redactarse el precepto a fin que la sentencia obtruviera su debido cumplimiento.

El convencional Capdevila se oponía a la sanción del precepto porque entendía que violaba el principio de la división de poderes. Baraguero consentió que la división de poderes no era para establecer tres gobiernos distintos, sino un gobierno compuesto de tres poderes, separados pero con facultades concurrentes.

Ahora bien, el artículo 79 del Código dice: "CUANDO LA SENTENCIA DE LA SUPREMA CORTE SEA CONTRARIA A LA RESOLUCION DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, QUE HUBIERE MOTIVADO EL JUICIO, UNA VEZ CONSENTIDA O EJECUTORIADA SE COMUNICARÁ, EN TESTIMONIO, A LA PARTE VENCIDA, INTIMANDOLE DE SU DEBIDO CUMPLIMIENTO DENTRO DEL TERMINO FIJADO EN AQUELLA. ESTA COMUNICACION DEBERA HACERSE DENTRO DE LOS CINCO DIAS SIGUIENTES AL FALLO".

La sentencia queda consentida cuando han transcurrido los cinco días sin que se haya deducido contra ella alguno de los recursos. Y ejecutoriada, si incoado alguno de esos recursos, se dictó pronunciamiento que puso término al artículo.

En cuanto a la suspensión del cumplimiento de la sentencia, dice el art. Constitución dice sesena días.

En cuanto al plazo del art. 79, es discutible su legitimidad ya que la 80: "CUANDO LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, VENCIDA EN EL JUICIO, CONSIDERASE NECESARIA LA SUSPENSION DE LA EJECUCION DE LA SENTENCIA, LO COMUNICARÁ ASI A LA SUPREMA CORTE, DENTRO DE LOS CINCO DIAS DESPUES DE RECIBIDA LA COPIA DEL FALLO, CON DECLARACION DE ESTAR DISPUESTA A INDEMNIZAR LOS PERJUICIOS QUE CAUSARE LA SUSPENSION; EN CUYO CASO LA MISMA SUPREMA CORTE ESTIMARA LA INDEMNIZACION Y PREVIOS LOS INFORMES QUE CREESE NECESARIOS". Observemos que dice: "...Lo comunicará así a la S. Corte...".

Pareciera que queda librado al criterio de la autoridad administrativa la apreciación de la necesidad de la suspensión, y a su arbitrio, al dejar de dar cumplimiento por ese motivo a la sentencia. Ello no puede ser así. El art. 80 no puede tener por finalidad convertir la sentencia de condena en una obligación facultativa que permita sustituir la condena por una indemnización de perjuicios. Se alteraría la autoridad de la cosa juzgada si así fuera. Los otros códigos tienen mejor redacción. El art. 54 del de Córdoba dice: "LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, DENTRO DE LOS CINCO DIAS DESPUES DE RECIBIDO EL TESTIMONIO DE LA SENTENCIA PODRA SOLICITAR, SE SUSPENDA LA EJECUCION...".

Nada dice, tampoco el código de Buenos Aires acerca de los motivos que justifican la suspensión. La nota habla de razones de orden público, de interés público. Los otros códigos lo establecen expresamente en su articulado. El art. 54 del código cordobés expresa: "...cuando *es perjudicial a los intereses públicos*...". Jujuy dice: "...por *graves motivos de interés público*". Los códigos de La Rioja (art. 98), y Santa Fe (art. 109) inspirándose en el art. 192 del Proyecto del Dr. Bielsa, han especificado los casos que harían procedente la medida. Tales, entre otros:

- 1) Cuando el cumplimiento de la sentencia pudiera determinar la suspensión o prolongada suspensión de un servicio público;
- 2) o la entrega de una cosa afectada a un servicio público;
- 3) o pueda traer trastorno grave de orden público;
- 4) o provocar grave subversión en el orden jerárquico.

Cabe agregar el que se especifica en el art. 81 del código de Buenos Aires sobre bienes sujetos a expropiación.

Pero, como muy bien dice Alcalá Zamora comentando el art. 84 de la Ley española, *los casos deben ser fijados taxativamente por la ley y nunca confiados al arbitrio gubernativo. Además deben ser pocos, fundados y graves.*

El Profesor Bielsa dice: si la Administración invoca y justifica el interés público y, en su virtud, la imposibilidad, o sólo la grave inconveniencia de ejecutar el fallo, puede, por ello, solicitar el aplazamiento, o el incumplimiento parcial o total del mismo. En tal caso, el derecho del recurrente se resuelve en un derecho de indemnización. El principio es el mismo que domina en materia de expropiación.

En cuanto a la ejecución formada de la sentencia, haciendo efectivas las normas constitucionales, el art. 82 del C. de Buenos Aires dice: "SI PASASEN SESENTA DIAS DESPUES DE VENCIDO EL TERMINO FIJADO EN LA SENTENCIA, SIN QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA OBJETASE SU EJECUCION, NI DIERE CUMPLIMIENTO A LO MAN-

DADO POR LA SUPREMA CORTE, LA PARTE VENCEDORA EN EL JUICIO PODRA PEDIR QUE EL TRIBUNAL MANDE CUMPLIR SU RESOLUCION”.

Aprovechamos para destacar los plazos, ya que no lo hicimos anteriormente. Según el art. 13, es de treinta días después de la resolución administrativa para recurrir. Dos meses mas para pronto despacho y otro dos meses mas para pedir su efectivo cumplimiento.

En cuanto a la responsabilidad de los empleados o funcionarios encargados de cumplir la sentencia, ella es personal, según lo establece el art. 85, responsabilidad establecida ya en la Constitución del 89 art. 159) y en la actual (art. 126); e incurren también en responsabilidad civil, pues, según el art. 86 "... la parte interesada podrá pedir que, haciéndose efectiva la responsabilidad del empleado, se haga ejecución en los bienes propios de éste”.

Las únicas excusas admisibles son: caso de fuerza mayor o la imposibilidad material de cumplir la orden recibida del Tribunal.

La renuncia del empleado no le exime de las responsabilidades mencionadas.

En el art. 89 se legisla: "LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FUNCIONARIOS QUE NO CUMPLIESEN LAS ORDENES DE LA SUPREMA CORTE, SERA INDEPENDIENTE DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN QUE INCURREN”.

Como vemos, se trata, por todos los medios, que las sentencias se cumplan.

El contencioso de ilegitimidad ha estado cabida en los códigos aparecidos con mucha posterioridad al de Buenos Aires.

Cabe señalar que mientras algunas Constituciones provinciales se limitan a atribuir al tribunal judicial de más alta jerarquía, el conocimiento y decisión de las causas contencioso-administrativas, de conformidad a lo que establece la ley de la materia, el art. 86, inc. 4 de la Constitución de Santa Fe es mucho mas concreta, pues al referirse a la causa contencioso-administrativa alude, como la de Buenos Aires, al derecho que la parte interesada hubiere hecho valer ante la autoridad administrativa y que ésta hubiere denegado.

La diferencia radica en que en la Constitución de Buenos Aires se habla de derechos gestionados por parte interesada, mientras que la de Santa Fe alude a derechos cuestionados. Argüallanda dice: la expresión es un tanto ambigua, mientras que, por el contrario, ella es la que le permite al Dr. Bielsa sostener la constitucionalidad del C. Contencioso-administrativo de Santa Fe, en cuanto legisla sobre el recurso de ilegitimidad.

Volviendo al articulado de los distintos códigos, el de Córdoba, en su art. 2°, establece: "TAMBIEN PODRA DEMANDARSE EN CAUSA CON-



TENCIOSO-ADMINISTRATIVA, LA ANULACION DE AQUELLAS RESOLUCIONES QUE AUNQUE DE CARACTER GENERAL ADOLEZCAN DEL VICIO DE ILEGITIMIDAD; NO PUDIENDO FUNDARSE ESTA SINO EN INCOMPETENCIA DE JURISDICCION DE LA AUTORIDAD PROVEYENTE, DEFECTO DE FORMA O VIOLACION DE LA LEY EN CUANTO AL ACTO ADMINISTRATIVO”.

El código de La Rioja, en su art. 11 expresa que los recursos que ese código legisla son los de plena jurisdicción y de ilegitimidad por exceso de poder.

El de Santa e agrega: “*siempre que el recurrente acredite un interés legítimo, directo y actual*” (art. 13).

El lineamiento general es similar en todos nuestros códigos modernos, como ya dijéramos. Sólo Santa Fe y La Rioja incluyen entre las causales de anulación del acto, “la ilegalidad en el fin del acto, admitiendo así el recurso de desviación de poder.

Veremos sólo las diferencias fundamentales con el recurso de plena jurisdicción, pero no entraremos a analizar los requisitos o condiciones que sean semejantes, por considerar que con el estudio que hemos realizado es ya suficiente.

La situación varía, por ejemplo, en lo que concierne a los actos discrecionales, dada la finalidad abstracta y de buen orden administrativo que da base al contencioso de anulación.

Antes Hauriou que hay un cierto poder discrecional de la Administración que, en más o en menos, se encuentra en todos sus actos, como es el de apreciar la oportunidad de las medidas administrativas. Este poder es discrecional porque el juez administrativo no es juez de la oportunidad; la apreciación de ella es dejada por entero a la Administración activa. Hay actos en que la cuestión de oportunidad es de mayor importancia que en otros; pero no hay acto alguno en el que, al margen de la cuestión de oportunidad, no se suscite alguna cuestión de legalidad y de moralidad administrativa. La fórmula *actos, cuyos motivos no podrán ser discutidos por la vía contenciosa*, oculta, pues, el más nocivo de los equívocos. Si ella significa que los motivos de oportunidad (para la producción del acto administrativo) no pueden ser discutidos en lo contencioso, ello es verdad para todos los actos; pero si se quiere significar que los motivos del acto que convalidan una transgresión de la legalidad o de la moral administrativa (o sea un caracterizado exceso de poder), no pueden ser discutidos en lo contencioso, la fórmula no es válida. Hay motivos que no pueden ser discutidos, y son los fundados en la sola oportunidad, como hay motivos que pueden ser cuestionados y son aquellos que contienen exceso de poder. Tales, más o menos, las palabras de Hauriou a las que, considero, no hace falta comentar.

En cuanto a los actos contractuales, no pueden dar pie al recurso de anulación que ha de fundarse en la violación de la ley. Pero ha llegado a admitirse que los contratos pueden valerse de ese recurso, si mostraren *interés legítimo*. *Interés legítimo no es un mero interés, pero tampoco es necesario ser titular de un derecho subjetivo. Se trata de un interés directamente vinculado al derecho subjetivo, de ahí que, sin ser un derecho subjetivo, tenga también su subjetividad.* El recurrente ha de acreditar un interés legítimo directo y actual, dice el código de Santa Fe en su art. 13, La Rioja en el 17, Jujuy en el 15, Santiago del Estero en el 13. Personal y directo dice el art. 5 del C. de Córdoba: *Interés personal, es decir, no confundirlo con el interés general e impersonal de todos los ciudadanos, pero no quiere decir, exclusivo, del accionante.* Es el caso de los funcionarios, por ejemplo, cuando el acto administrativo afecta los intereses del grupo.

*Interés actual, por contemporaneidad a eventual o futuro.* Puede ser de índole material, o meramente espiritual, por ejemplo, cuando alguien se agraviase de medidas contrarias a la libertad religiosa.

Además el acto que se impugna debe poder ser opuesto al recurrente.

Otro tópico que han resuelto los códigos provinciales es el de los recursos paralelos. El de Santa Fe en su artículo 16, 1ª parte, el de Jujuy en el 18, el de Santiago del Estero en el 16, dispone que no podrá interponerse el recurso de anulación conjuntamente con el de plena jurisdicción; ni es tampoco admisible el de anulación si se dispone del subjetivo de plena jurisdicción.

En cuanto al juicio, las formas de la demanda son similares al recurso ya estudiado; de quienes pueden demandar ya se ha hablado; pero hay alguna diferencia en cuanto a la notificación de la demanda y no alcanza. En el código de Santiago del Estero las disposiciones son similares al recurso de plena jurisdicción, pero no sucede ello en los códigos de La Rioja, Santa Fe y Jujuy, en los que se dispone que: **PRESENTADO EL RECURSO, EL TRIBUNAL DARÁ COPIA DEL ESCRITO AL PROCURADOR Y A LA ADMINISTRACION CUYO ACTO HA MOTIVADO EL RECURSO. Y SI LO ESTIMA NECESARIO, RECABARA A ESTA LOS INFORMES Y DOCUMENTOS QUE JUZGUE PERTINENTES.**

La razón está en que para estos códigos la Administración no es parte.

Otra diferencia ya apuntada es la que contiene el régimen de la sentencia: No es de condenación. O se desestima la demanda, o se pronuncia por la nulidad del acto. Pero nada más. El art. 73 del código de Santa Fe dice: **"LA SENTENCIA EN EL RECURSO DE ILEGITIMIDAD DECLARARÁ LA NULIDAD O ILEGALIDAD DEL ACTO, MANDANDO NOTIFICAR A LA AUTORIDAD DE LA CUAL EMANA, PARA QUE, EN SU CASO, LO DICTE DE ACUERDO A LA LEY".**

De acuerdo a la doctrina administrativa, y se halla también dispuesto en los otros códigos provinciales, que, una vez dictada la sentencia favorable al demandante, éste puede acudir ante la autoridad que produjo el acto anulado, a fin de que la misma dicte nueva resolución, estableciendo la verdad legal. Si ante esa reclamación, la autoridad desoyera, el interesado dispondría de dos vías: 1) Intentar un nuevo recurso fundado esa vez en la violación de la cosa juzgada; 2) o promover acción civil de daño contra los funcionarios que no cumplieron la sentencia.

El primer temperamento ha sido autorizado en los códigos de La Rioja, Jujuy y Santiago del Estero. El segundo en los de Córdoba y Santa Fe.

Nos faltaría por ver las causales de anulación del acto.

**VICIO DE INCOMPETENCIA:** Se incurre en este vicio cuando quien produjo el acto no estaba legalmente habilitado para hacerlo, por ser de la incumbencia de otra autoridad. Suele distinguirse como modalidades, la usurpación de funciones y la invasión de funciones. Lógicamente hay incompetencia *ratione loci*, *ratione temporis* y *ratione personae*.

**VICIOS POR DEFECTOS DE FORMA:** Duez y Debeyse dicen que este vicio consiste en la omisión o en el cumplimiento incompleto o irregular de las formas del procedimiento a las que el acto administrativo está sometido, sea por las leyes o reglamentos, sea por la naturaleza misma de las cosas.

La clasificación en formas substanciales y no substanciales es de trascendencia. El profesor Bisla dice que las últimas, mejor dicho, los vicios no substanciales, son los que no influyen en el fondo de la decisión.

Dijimos que la clasificación tiene importancia, pues las primeras traen aparejada la nulidad y las segundas pueden no traerla.

**EL VICIO DE VIOLACION DE LA LEY:** Ha sido admitido como causal de anulación por los códigos de Córdoba en su art. 2º, La Rioja en el 18, Jujuy en el 16, Santiago del Estero en el 17 y Santa Fe en el 14.

¿Qué ley debe ser la violada? Las leyes en sentido formal, desde luego, y también las leyes en sentido sustancial, como serían los reglamentos generales, las Ordenanzas municipales, y aún los reglamentos administrativos de carácter orgánico.

¿Cómo debe ser esta violación?

- 1) Cuando la autoridad, al producir el acto se aparta *deliberadamente* de la norma legal.
- 2) Cuando incurre en error de derecho.
- 3) Cuando incurre en error de hecho.

En este último caso se trata de la ilegalidad relativa a los motivos del acto, entendiéndose por tal los hechos objetivos, anteriores y exteriores al acto.

Se ha considerado también que constituye una variante de la causal de anulación por violación de la ley, el vicio de "violación de la cosa juzgada".

**EL VICIO DE DESVIACION DE PODER:** Ya adelantamos que sólo lo incluyen Santa Fe y La Rioja. En este acto están cumplidos los requisitos formales. La ilegalidad se encuentra en el fin del acto. En la torcida intención.

Suelen señalarse como móviles: 1) El personal (cuando ha sido producido para satisfacer una animosidad del agente: venganza, animosidad que puede ser de carácter político: eliminar un candidato en el acto electoral, etc).

2) El querer favorecer el interés de un tercero en detrimento de otro.

3) Puede haber también desviación de poder cuando se protege un interés de carácter general, pero distinto del querido por la ley.

En realidad se trata de una causal de anulación de carácter subsidiario, en cuanto no daría fundamento a la sentencia, si se demostrase que el acto es nulo por otros vicios.

### III. Jurisprudencia

#### LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES:

1) *De la Suprema Corte de Buenos Aires:* "La Constitución ha sentado las bases de la jurisdicción contencioso administrativa atribuida a la Suprema Corte, pero en manera alguna ha determinado cuáles son las causas de esa naturaleza de las que el tribunal debe conocer privativamente y con exclusión de la jurisdicción ordinaria". (La Ley, T. 19 pág. 764).

2) *De la Suprema Corte de Mendoza:* "Ningún tribunal judicial puede reverter por vía de alzada, como si fuese un superior jerárquico, las resoluciones del Poder administrador; las que sólo pueden ser impugnadas, o por vía de acción como contrarias a las garantías y derechos acordados por la Constitución; o por la acción contencioso administrativa que es dada en protección de los derechos de carácter administrativo de los particulares, cuando son lesionados por la actividad administrativa, actuando en ejercicio de facultades regladas". (La Ley, t. 221, pág. 167).

3) "La acción contencioso administrativa tiende a la protección jurídica de los administrados contra la interpretación errónea del derecho o el uso indebido del poder discrecional de la Administración que vulnera un

derecho subjetivo preexistente por haber sido reconocido por ley, decreto, ordenanza o reglamento". (J. A. 1944 I, pág. 168).

#### LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA PREVIA:

4) *Fallos de la Corte Suprema de la Nación*: "La reclamación administrativa previa es trámite de recurso y buen orden administrativo, pero no causa instancia, ni compromete jurisdicción; tiende a evitar el pleito, ofreciendo a la Administración la oportunidad de rectificar sus propios errores o de aclarar los fundamentos de sus resoluciones" (J. A. t. 37, pág. 1170).

5) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "Tratándose de un derecho que debe hacerse valer por la vía Contencioso administrativa, el particular interesado está obligado a preparar dicha vía, acudiendo previamente ante la autoridad administrativa competente, para, en caso denegado, ocurrir a la Corte como único tribunal que debe decidir la contienda, sin que le esté permitido a dicho interesado prescindir de la reclamación administrativa para acudir directamente ante los tribunales ordinarios, pues no se trata de la jurisdicción operativa" (Diaz. de Jurisprudencia, año X, pág. 267).

6) *Del Tribunal Superior de Santa Fe*: "La reconsideración exigida por el artículo 124 del Código de Procedimientos, para que quede abierto el recurso contencioso administrativo, debe entenderse que lo es con respecto a las resoluciones dictadas de oficio, u originariamente, por el Poder Ejecutivo; pero no, cuando la alta autoridad administrativa se ha pronunciado con motivo del recurso jerárquico que la ley autoriza; pues en este caso, con la resolución o la confirmación de la resolución apelada, queda agotada la vía administrativa". (J. A. t. 73, pág. 906.)

7) *Del Tribunal Superior de Córdoba*: "No es necesaria la reclamación administrativa previa, si la decisión administrativa ha resuelto definitivamente el derecho particular y determinado del demandante". (Sent. de 14 de mayo de 1946, J. C. IV, 623).

#### RESOLUCIONES QUE ABREN LA VIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA:

8) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "Implica denegación tácita la resolución que dispone el archivo del expediente en el cual el particular estaba gestionando su derecho". (Fallos, Ser. 4º VI, 101; Ser. 5º II, 450).

9) "No dan acción las resoluciones dictadas por un ministro del Poder Ejecutivo". (Ser. 2º, VIII 376, 395; X, 181).

10) "No dan acción las resoluciones dictadas por organismos administrativos que carecen de jerarquía; tales como la oficina de Tierras (Ser. 1º 344) o la Dirección General de Higiene" (Ser. 10º VI 403).

11) "Son recurribles las resoluciones que emanan de los intendentes

municipales, en uso de facultades que les son propias". (Diaz. de Jurisprudencia, año IX pág. 497).

12) *Fallo del Superior Tribunal de Santa Fe*: "En resolución definitiva la pronunciada por la más alta autoridad jerárquica, de la cual no hay apelación por la vía gubernativa y con respecto a la cual el interesado tiene a su alcance los medios legales para impugnarla". (La Ley t. 12 1084).

**RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DEL RECURSO JERARQUICO Y QUE EL INTERESADO DEJO CONSENTIR:**

13) *Fallo del Superior Tribunal de Santa Fe*: "El consentimiento de la decisión dictada por un órgano administrativo inferior, no impide el recurso contencioso administrativo contra la resolución del Poder Ejecutivo que, no obstante, esa consentimiento, dictó resolución sobre el fondo al conocer del recurso jerárquico interpuesto". (La Ley t. 47, pág. 279).

**ACTOS DE LA ACTIVIDAD REGLADA DE LA ADMINISTRACION:**

14) *De la Suprema Corte de Tucumán*: "Es contencioso administrativa la demanda fundada en la inobservancia o violación de una facultad reglada por la ley de impuesto territorial". (J. A. 1945, I pág. 611).

15) *Del Superior Tribunal de Córdoba*: "Es acción contencioso administrativa la promovida por un empleado público, en razón de haber sido separado de su cargo sin haberse cumplido los requisitos que establece el artículo 34 de la Ley 3.389 sobre jubilaciones y pensiones" (La Ley t. 2 p. 505)

**"DERECHO" SUBJETIVO Y OBLIGADO:**

16) *Fallos de la Corte Suprema de la Nación*: "El juicio contencioso administrativo requiere, como antecedente necesario, la existencia de un derecho reglado, y que ese derecho haya sido lesionado por el Estado en su carácter de Poder Ejecutivo". (J. A. t. 37 p. 1170).

17) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "El sólo interés perjudicado por la resolución del Poder Ejecutivo no autoriza la demanda ante la Corte, si ese perjuicio no deriva de la violación de derechos que hacen parte de la propiedad del demandante". (Ser. 2°, X 81).

18) *Concurso o licitaciones*: "El licitante no puede fundarse en haber sido más ventajoso su propuesta, para impugnar la resolución administrativa que acordó la concesión a otro proponente, pues como concurrente a una licitación no trata a su favor un derecho subjetivo que pudiera ser vulnerado. (Ser. 15° V, 270).

19) "El denunciante de tierra fiscal carece de acción para agravarse de la resolución del Poder Ejecutivo que no declaró de propiedad pública la tierra denunciada, pues no tiene derecho propio que hacer valer, en ra-

zón de que sólo sería un simple aspirante a la compra de dicha tierra, de haber sido fiscal". (Ser. 2° VII, 164).

20) *Del Superior Tribunal de Santa Fe*: "El denunciante tiene personería para plantear el caso contencioso administrativo contra la resolución que le desconoció su derecho a percibir su participación en los impuestos impuestos por la autoridad municipal al infractor de sus ordenanzas o reglamentos" (La Ley t. XI p. 1146).

#### CONCESIONES:

21) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "El particular a quien se le denegó la concesión de transporte solicitada, no puede agravarse de la resolución denegatoria, pues no tiene a su favor un derecho preexistente que esa denegación pudiera vulnerar". (Ser. 18° IV, 11).

#### CALLES Y CAMINOS:

22) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "La clausura de un camino particular prohibida por la autoridad municipal, es caso contencioso administrativo". (Ser. 10° VII, 248).

23) *Del Superior Tribunal de Santa Fe*: "No es derecho administrativo el que hace valer el propietario contra la resolución administrativa que lo emplaza a abrir un camino en el campo de su propiedad" (Sent. del 1° de setiembre de 1942, en R. S. F., I, 343).

#### SUELDO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS:

24) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "Los sueldos de un empleado público constituyen un derecho de carácter administrativo, que pueden reclamarse por la vía contenciosa ante la Corte, si le fueron denegados". (Ser. 14° IV, 305).

25) *Del Superior Tribunal de Santa Fe*: "Es cuestión contencioso administrativa, si la atribución del empleo le ha sido desconocida; pero corresponde la previa reclamación administrativa". (Sent. del 2 de octubre de 1942, en R. S. F. I 328).

#### CECANTIA DE EMPLEADO PUBLICO:

26) "La cesantía de un empleado municipal, inamovible según la Ordenanza, es caso contencioso administrativo" (J. A. 1948 III, p. 517).

#### INTERVENCION DEL FISCAL DE ESTADO:

27) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "La obligación de promover la acción en casos que la ley da intervención al Fiscal de Estado, no es

de ineludible cumplimiento, pues queda librado al criterio del funcionario promover o no la demanda". (Ser 4º, I 521).

28) "El fiscal de Estado no está obligado a cumplir la formalidad de la reclamación administrativa previa que la Constitución impone a los particulares que impugnan el acto administrativo que es lesivo de sus derechos". (Ser 4º II 357).

#### ACCION POR RETARDACION:

29) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "La acción por retardación es equiparable a la que se funda en la negativa expresa". (Ser. 4º VIII, 547).

30) "El término de caducidad del art. 13 del código no se aplica a la acción por retardación; de modo que ésta no caduca por el transcurso de los treinta días que dicho texto fija para deducir la acción contra la denegación expresa". (Ser. 14º, X 134).

#### CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

31) *Suprema Corte de Buenos Aires*: "La demanda de indemnización de daños y perjuicios fundada en que el Poder administrador habría violado los derechos que corresponderían al actor como concesionario de un servicio público, depende en su éxito de existencia de tales derechos y de su violación; en tanto que si no han sido reconocidos por el demandado deben ser previamente investigados. Ahora bien; por ser en este caso, administrativos los derechos que se dicen infringidos, las disposiciones que les habrían dado origen como las resoluciones que los valieran, dicha investigación reviste el mismo carácter, debiendo ser objeto, en primer término, de una gestión ante el Poder Administrador, antes de cuya terminación no cabe acción judicial, la cual correspondería a la vía contencioso administrativa si los derechos administrativos invocados fueran desconocidos, y a la contencioso civil, en caso contrario.

Doctrina de la minoría: El conocimiento de la demanda de referencia corresponde a la justicia ordinaria, pues el derecho subjetivo alegado en ella, esto es, el de obtener la indemnización de daños y perjuicios causados, no es de carácter común y nace de disposiciones de la misma naturaleza, no pudiendo como tal, ser objeto de declaración alguna en las instancias contencioso administrativas. Por lo demás, nada obsta a que, para declarar fundada o infundada la demanda, los tribunales ordinarios decidan si al actor le amparan o no derechos administrativos que se dicen vulnerados o desconocidos por el acto lesivo del Poder Administrador". (Ser 20 IX, 219).

32) *De la Suprema Corte de Tucumán*: "Es contencioso administrativo la cuestión sobre rescisión o caducidad de un contrato o concesión de servicio público". (J. A. t. 60, p. 335).



33) *Del Superior Tribunal de Santa Fe*: "La impugnación de la caducidad de una concesión de alarabado es cuestión contencioso administrativa". (La Ley t. 29 p. 573).

#### JUBILACIONES Y PENSIONES:

34) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "El empleado del Banco de la Provincia, a quien la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones de la institución le ha denegado el derecho a la jubilación, haciendo aplicación de las normas de la ley administrativa correspondiente, tiene acción contencioso administrativa para ante la Suprema Corte, pues el art. 122 de la Ley 3837 no tiene el alcance excluyente que se le atribuye". (Ser. 19<sup>o</sup> VII 411).

35) *De la Suprema Corte de Tucumán*: "La devolución de aportes al empleado cesante es derecho que da acción contencioso administrativa, pues se trata de un efecto patrimonial de la cesantía que no afecta la facultad constitucional de remoción de los empleados". (La Ley. t. 22 p. 135).

#### CONTRIBUCIONES INDEBIDAS:

36) *Del Superior Tribunal de Santa Fe*: "El legislador ha sustraído del derecho común todo lo relativo a la acción, procedimientos, decisión y recursos en materia de pago indebido por impuestos de la ley de Sellos". (J. A. t. 60 p. 1063).

37) *Del Superior Tribunal de Entre Ríos*: "Es idénea la vía contencioso administrativa para la repetición de lo pagado en concepto de impuestos". (J.E.R. 1942, p. 604).

38) *Del Superior Tribunal de La Rioja*: "La repetición de impuestos fundada en que estaban prescritos y fueron pagados bajo protesta es caso civil". (J.A. 1945, IV, 703).

#### TIERRA PÚBLICA:

39) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "Una vez acordado el arrendamiento de tierra fiscal (art. 18 de la Ley General de Tierras del 26 de diciembre de 1878) hay derecho adquirido y la resolución administrativa que lo deja sin efecto da lugar a la acción contencioso administrativa". (Ser. 3<sup>o</sup> I, p. 277).

40) "La cuestión sobre rescisión de la venta en remate de un terreno fiscal fue declarado caso civil, pues no se trata de comercio administrativo que haga aplicable la norma del art. 3<sup>o</sup> del código". (Ser. 19<sup>o</sup>, VII, 186).

#### PRESCRIPCIÓN TREINTAÑAL DE LA TIERRA PÚBLICA:

41) *De la Suprema Corte de Buenos Aires*: "El art. 783 del Código de Procedimientos Civiles ha entendido referirse a la tierra fiscal; o sea, del

patrimonio privado de la Provincia, y no a los bienes públicos que no son susceptibles de adquirirse por prescripción". (Ser. 13º, III, 126).

#### **REVOCACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR LA AUTORIDAD QUE LO DICTO:**

42) *De la Suprema Corte de Buenos Aires:* "La autoridad administrativa no puede reconsiderar y dejar sin efecto o modificar la resolución por la que había acordado o reconocido derechos subjetivos de los particulares". (Ser. 3º IV, 5.)

#### **ACCIONES PARALELAS:**

43) *Del Superior Tribunal de Córdoba:* "La acción contencioso administrativa es improcedente, si el actor puede lograr la reparación del derecho vulnerado, mediante la acción ordinaria". (Sent. en J. A. 1943, II, p. 610)

44) *Del Superior Tribunal de Santa Fe:* "El recurso contencioso administrativo es una vía de carácter especial que se ha legislado en la Provincia en forma muy limitada, pues sólo es concedido cuando el interesado no tiene señalado por la ley otro medio para hacer valer su derecho". (Sent. de 21 abril 1942, en La Ley, t. 26, p. 610).

#### **ACUMULACION DE ACCIONES:**

45) *De la Suprema Corte de Buenos Aires:* "Procede la acumulación subjetiva de acciones, si los actores impugnan la misma resolución administrativa y piden una misma cosa". (Ser. 2º, VI 387).

47) "No procede la acumulación si no hay identidad de la cosa demandada por los actores". (Ser. 4º IV, 64, 308).

#### **DE LA EJECUCION DE LA SENTENCIA:**

48) *De la Suprema Corte de Buenos Aires:* "Establecido por la Corte Suprema que al actor le correspondía una asignación mensual determinada, en concepto de jubilación extraordinaria, el Poder Ejecutivo no puede modificar el monto de esa asignación, por existir cosa juzgada al respecto".

#### **CAUSALES DE ANULACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO**

49) *Del Tribunal Superior de Córdoba:* "El recurso de ilegitimidad del acto administrativo sólo puede ejercitarse por razón de incompetencia, defecto de forma, o violación de la ley en cuanto al fondo". (Sent. del 11 de febrero de 1944, en J. C. III, 57).

50) "El recurso por desvío de poder no está sancionado por el código contencioso administrativo de la Provincia de Córdoba". (Sent. del 11 de marzo de 1944, en J. C. III 63).

## EL CONTENCIOSO OBJETIVO DE ANULACION: EL JUICIO:

31) *Del Tribunal Superior de Córdoba*: "El pedido de suspensión del acto administrativo sólo está autorizado en el juicio de plena jurisdicción, y no en el recurso de ilegalidad". (J.C. III p. 448).

### IV. Conclusiones

Después de haber estudiado los distintos problemas que pueden plantearse entre la Administración y sus administrados, de haber examinado las soluciones legales de los diversos países, de nuestras provincias, sus resultados prácticos, la inestabilidad y las deficiencias que dominan todo lo que se refiere a la Administración pública; luego de haber atendido a las encontradas posiciones de nuestros doctrinarios, a la cambiante jurisprudencia de nuestros tribunales, hemos arribado a la conclusión acerca de la conveniencia de un Poder Administrativo, constituido en forma de órgano colegiado, separado del Poder Judicial y de la propia Administración, que conozca y resuelva en los conflictos que se suscitan entre la Administración y los particulares. Y sostenermos tal conveniencia sólo cuando para ello sea necesaria la reforma de nuestra Constitución Nacional.

### BIBLIOGRAFIA

ARGANARAS, Manuel J. - Tratado de lo contencioso-administrativo. Buenos Aires. 1955.

ALSINA, Hugo. - Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial. Bs. Aires 1941- 1945.

ALCALA ZAMORA, Néstor. - La contencioso-administrativo, Bs. As. Jurisprudencia Argentina, 1941.

ANDRÉOZZI, Manuel. - La materia contencioso-administrativa, Bs. As., 1955.

BIELSA, Rafael. - Ideas generales sobre lo contencioso-administrativo, Bs. As. 1956. Sobre la contencioso-administrativo, Bs. As. 1955. - Derecho Administrativo- T. V. Bs. As. 1957. - Curso de Jurisprudencia, Bs. As. 1955. - Principios de Derecho Administrativo, Bs. As. 1948.

CANALI, José. - "Decreto 2128: Recursos Jurisdiccionales y de Revocatoria, Diág. comp. del decreto 7520", en Anales de Legislación Argentina. Año XXI, Nº 51 10/12/41.

CARLO CARLI. Derecho Procesal, Bs. As. 1962.

DE GREGORIO LAVIE, Julio. - La competencia contencioso-administrativa, Bs. Aires 1961.

FIORINI, Bartolomé A. - Teoría de la jurisdicción administrativa, Bs. As. 1944. Recurso Jurisdiccional. Bs. As. 1961.

GONZALEZ, Alfonso - La materia contencioso-administrativa, Madrid, 1902.

DÍEZ, Manuel María. - El acto administrativo, Bs. As. 1961.

DANA MONTAÑO SALVADOR. - Elementos de Derecho Público, ed. 1951.

SANTAMARIA DE PAREDES, Vicenzo - *Curso de Derecho Administrativo*, 7<sup>a</sup> ed., Madrid 1941.

SARRIA, FED. — *Derecho Administrativo*, Córdoba. 1936.

LINARES QUINTANA, Segundo. - *Gobierno y Administración de la Rep. Arg* II T., 1946.

SAYAGUES LAZO, Enrique. - *Tratado de Derecho Administrativo*, II T., Montevideo 1939.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. - *Derecho Administrativo*, II T., 1930.

*Código de Procedimientos de la contencioso-administrativa de la Prov. de Bs. Aires.*

*Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1889.*

*Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1914.*

*Código de lo contencioso-administrativo de la Prov. de Santa Fe.*

*Código de lo contencioso-administrativo de la Provincia de Jujuy.*

*Código contencioso-administrativo de la Provincia de La Rioja.*

*Código de Procedimientos en lo contencioso-administrativo de Córdoba.*

*Código de Procedimientos en lo contencioso-administrativo de Salta.*

*Código de Procedimientos Civiles de San Luis.*

## TEORÍA GENERAL DEL ACTO INEXISTENTE

### Hacia el Reconocimiento de la Coexistencia en Nuestro Derecho Civil

Por GUILLERMO PATRICIO MARTÍN

#### I N D I C E

Teoría del acto inexistente .....	
Doctrina extranjera .....	
Doctrina nacional .....	
El acto inexistente en nuestro Derecho Civil .....	
Efecto del mismo .....	
Jurisprudencia .....	
Bibliografía .....	

*Advertencia:* El autor desea advertir, que, a los efectos de algunas de las formas del acto, allí donde dice acto inexistente o no existiente, queda subentendido que se trata del acto jurídico inexistente y no existiente respectivamente.

La teoría del acto inexistente nace recientemente en la literatura jurídica; fruto de la elaboración doctrinaria de la escuela exegética francesa.

No fue vislumbrada por los juristas de la Antigua Roma, sino que encuentra en Zachariae —complementándose, luego, avanzando el siglo pasado, con el pensamiento de Demolombe, Marcadé y especialmente de Aubry y Rau— su primera gran sistematización.

Surge modestamente, para aplicar ciertos supuestos de invalidez del matrimonio que la doctrina civilista era incapaz de solucionar, más concretamente, para resolver el problema del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo.

Pero si nació humilde, fue adquiriendo con rapidez, mayor importancia, ha ido ampliando su radio de acción para extenderse a la teoría general del acto jurídico y ha concluido por obtener su autonomía respecto de las nulidades en general, a tal punto que, la ley de matrimonio civil que nos rige —N° 2393— legisla la inexistencia y la nulidad en capítulos distintos (al IV y al XII, respectivamente).

Como acertadamente lo puntualiza el Dr. López Otárola: "Por la puerta del matrimonio entró al Derecho la teoría de la inexistencia. De la

teoría del matrimonio se la pasó a la teoría general de los contratos y actos jurídicos. Del Derecho francés pasó a estos Derechos. Tomó carta de ciudadanía universal".

Germán J. Bidart Campos piensa, sin embargo, lo contrario. Afirma que "de los actos jurídicos en general pasó al Derecho de Familia para aplicarse al matrimonio, ámbito donde se producen nuevas disidencias. Pero, desgraciadamente, el autor, no fundamenta tan original posición.

Este desarrollo progresivamente creciente de la doctrina del acto inexistente —que la ha proyectado a otras ramas del Derecho, y, entre ellas, al derecho Administrativo, como bien lo señala Iñáñez— responde a una razón lógica-jurídica obvia, que ha sido puesta de manifiesto por un estudio más profundo del nuevo tipo logrado: a saber, la de distinguir los supuestos, dos categorías jurídicas —la de la inexistencia y la de la nulidad— que son radicalmente diferentes en su estructuración y consecuencias, lo que nos lleva a afirmar, por lo tanto, la existencia de la inexistencia.

Bien lo señaló Moyano al sostener que la inexistencia más que un principio jurídico es una noción primordial del razonamiento y de la lógica.

¿Qué es el acto jurídico inexistente? Tradicionalmente se conceptúa tal a aquel que carece de alguno de los elementos esenciales (llamados también sea el subjetivo, ya sea el formal) —aunque ese último sujeto a distintas interpretaciones.

Recientemente el Dr. Alberto J. Molinario, en un artículo un profundo como discutido, ha sostenido un criterio muy distinto del anterior. Dice así: "Para nosotros, el concepto de la inexistencia no se reduce, sin embargo, a la forma expuesta por Llamblas (teoría "clásica" bosquejada *ut supra*). Este resulta ser el concepto general, pero racionalmente podemos concebir otros supuestos de inexistencia en los cuales no se trata de un acto jurídico que aparece como tal, a pesar de faltarle uno o varios de sus elementos esenciales, sino que puede tratarse de un acto jurídico perfecto, pero que por determinadas circunstancias se le niega en forma total y absoluta efectos extraterritoriales, o bien no puede surtirlos respecto de determinadas personas.

Nuestro Código Civil en su artículo 8° establece: "Los actos, los contratos hechos, y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificados; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país que reglan la capacidad, el estado y condición de las personas".

Vale decir, que un acto jurídico perfecto, celebrado de acuerdo con todas las disposiciones de fondo y forma vigentes en el país en donde tal acto se ha realizado puede no tener ejecución en la República, si las leyes de dicho país no concuerdan con las nuestras en materia de capacidad, estado y condición de las personas. El acto jurídico es, en tal situación, con respecto a la

Argentina, inexistente, puesto que no puede producir ninguno de los efectos que normalmente produce al ser reconocido como acto jurídico válido. Así como la aduana de la República puede impedir la introducción al país de determinada mercadería, de la misma manera "ese" criterio que insufla no sólo al art. 8 del código civil, sino también al art. 2 de la ley 2393 impone el establecimiento de una aduana jurídica que impide la introducción de determinados actos jurídicos y de determinados matrimonios y que en cambio admite la importación de otros, aunque sean realizados en contra de lo dispuesto por ella, dentro de los límites de la evasión lícita.

Si un acto no puede producir efecto alguno equivale a algo que no existe y desde el momento que a determinados actos jurídicos y a ciertos matrimonios, por el juego de diversas disposiciones legales se les niega efectos extraterritoriales en orden a la jurisdicción de la República, tales actos y matrimonios aunque existan en el país en que se celebraron resultan ser prácticamente inexistentes en función de la jurisdicción nacional...".

Más adelante continúa: "El acto inoponible es respecto de las personas a las cuales no puede oponerse un acto inexistente. Señalamos que Llanibars recuerda que los juristas alemanes emplean la expresión "indefinita relativa" en lugar de inoponibilidad y ello significa coincidencia parcial con nosotros, ya que entendemos que puede perfectamente hablarse de inexistencia cuando se trata de colocar el acto inoponible frente a las personas respecto de las cuales no puede producir efectos, por cuanto, *todo lo que no puede producir efectos en cosas sí no existiera*.

En otras palabras, sostenemos que cuando un acto jurídico aún existente, no produce efectos jurídicos dentro de las fronteras de un país o en relación de determinada persona tal acto puede ser calificado de inexistente con independencia de que posea los elementos esenciales para que exista como tal. Y concluye afirmando que: "si se ahonda en el análisis se advierte que corresponde distinguir entre actos absolutamente inexistentes y actos relativamente inexistentes, o si se quiere entre actos inexistentes y actos casi inexistentes. Actos absolutamente inexistentes o simplemente inexistentes serían aquellos que carecen de uno de los elementos vitales para que puedan ser considerados como tales. Actos relativamente inexistentes o cuasinexistentes son aquellos que, reuniendo en función del lugar en donde se celebraron todos los elementos esenciales constitutivos de los mismos carecen de efectos extraterritoriales en otros países, o bien no pueden surtir sus efectos respecto de determinadas personas. Hemos formulado todas estas consideraciones —advierte— en el campo meramente conceptual, aunque hayamos puesto algunos ejemplos en función de lo establecido en nuestro código civil".

Nos hemos atrevido a transcribir tan largas citas, parcialmente, en homenaje a la fuerza de convicción de esos argumentos; parcialmente, también, por coincidir, en no poca medida, con las ideas allí expuestas.

Así creemos que la distinción entre acto inexistente y acto cuasiinexistente —ya esbozada en Goldschmidt— es, rigurosamente, cierta; en consecuencia, exacta.

Pero no colacionamos, en cambio, en limitar los supuestos de la cuasiinexistencia únicamente a aquellos actos imposibles frente a terceros —respecto de dichos terceros—, o perfectos pero ineficaces en razón de no adecuarse a las leyes argentinas referentes a la capacidad, el estado y la condición de las personas. Pensamos que, igualmente, es un supuesto de cuasiinexistencia el acto que: reúne todos los elementos vitales, carece de vicio, ha sido celebrado en nuestro país, y, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico positivo lo desconoce rigurosamente, privándolo, en consecuencia, de generar efectos. Pongamos por caso la enfitésis —tomamos el ejemplo de una aguda objeción del Dr. Néstor Blanc, para quien “dándose los presupuestos materiales (*factum*) de la enfitésis no advendría el acto jurídico “enfitéutico” — o el derecho de superficie; independientemente del esfuerzo jurisprudencial de validarlos como derechos personales, esos actos no serían, ni inexistentes —desde que reúnen los elementos constitutivos de tales— ni tampoco nulos, pues ninguno de sus elementos aparece viciado —y asimilamos, para el caso, ilicitud al vicio—, en forma tal que el ordenamiento jurídico deba decretar su nulidad. Serían actos perfectos, que no producen efectos; es decir que serían actos cuasiinexistentes.

Cabe preguntarse por qué el ordenamiento jurídico positivo proscribe y desconoce tales actos. Es que hay una razón de orden público en juego, distinta, sin embargo, de la nulidad absoluta, donde también se transgrede dicho orden público. Así sería un supuesto de nulidad absoluta el contrato de objeto ilícito o inhumano, como lo dice el art. 1044 cláusula 2°: “Son nulos los actos jurídicos... cuando fuese prohibido el objeto principal del acto”. Es que en estos casos lo que se considera atentatorio contra el orden público es el objeto del acto, y no el acto en sí mismo —caso de la cuasiinexistencia.

También consideramos cuasiinexistente el acto condicional definitivamente frustrado; el acto sujeta a una condición suspensiva o resolutoria, que no producirá efectos, ya sea por cumplirse la condición resolutoria, ya sea por no sobrevenir la condición suspensiva; interpretamos este caso como típico supuesto de los llamados “actos frustrados” de que habla Inaz (*infra*) y lo hacemos subsistir en esta categoría, amparados en la frase de Molinario, por nosotros, subrayada, “...por cuanto todo aquello que no puede producir efectos es como si no existiera”, (de allí cuasiinexistente).

En resumen, pues, cuatro son los supuestos de la cuasiinexistencia: los dos señalados por Molinario: el acto perfecto celebrado en el extranjero en violación de las leyes sobre capacidad, condición y estado de las personas, el acto imposible frente a terceros, respecto de dichos terceros; y dos agregados por nosotros: el acto perfecto proscripito por nuestro ordenamiento jurídico, en consideraciones de orden público y el acto condicional definitivamente frustrado.



El impedimento con que tropiezan para ser actos válidos no es un obstáculo natural sino jurídico; el desconocimiento riguroso de dichos actos por el ordenamiento jurídico positivo. De allí que podría hablarse de inexistencia jurídica, o por causa legal, en estos supuestos de cuasineexistencia, fuese al clásico concepto de inexistencia natural aplicable al acto absolutamente inexistente.

Esa es la diferencia entre el acto inexistente y el cuasineexistente; el primero es el que carece de alguno de sus elementos constituyentes, el segundo es el acto perfecto que no produce efectos.

Ambos se distinguen, a su vez, del acto nulo; entendiéndose por tal, conforme a la definición sintética propuesta por el Dr. Llamblas: sanción legal que priva de sus efectos propios a un acto jurídico, en virtud de una causa existente en el momento de su celebración (modo de ser viciado del acto). El acto cuasineexistente no presenta vicios constitutivos aunque tampoco produzca efecto alguno; el acto absolutamente inexistente se caracteriza por la falta de alguno de sus elementos vitales, no por ser ellos defectuosos; de allí que Planiol haya afirmado, con razón, que ambos supuestos no sólo son distintos, sino incompatibles; en la medida que el acto nulo presupone un acto existente, si bien viciado «*ab initio*».

La doctrina del acto (absolutamente) inexistente conduce a una clasificación tripartita de los actos irregulares —distinguiendo la inexistencia de la nulidad, y dentro de ésta, discerniendo la nulidad absoluta y la relativa— clasificación que ha sido rechazada por prestigiosos juristas al considerar la novel teoría como imposible o inútil, adhiriendo, en cambio, a la clásica bipartición de las nulidades.

Así se le objeta que, al exaltar, por ejemplo, la voluntad a la categoría de elemento de hecho (que hace a la existencia y no a la validez del acto) se apuñala un concepto psicológico del elemento voluntario que no coincide con el jurídico por el ordenamiento positivo. Nieto Blanc —en magistral estudio consagrado al tema— plantea la objeción más aguda y más seria a la admisibilidad de la teoría. Afirma que: “la categoría de la inexistencia es una «contradicción in adiectione» pues si la confrontación con un acto jurídico determinado (esquema legal) es imprescindible para tratar con seriedad de ella, ipso facto, queda desvirtuada, por cuasos, juramento, se dice que sólo puede hablarse de inexistencia cuando resulta imposible la jurídica identificación del negocio”.

Nos atrevemos a discrepar con la inteligente opinión del distinguido civilista. Si como el mismo lo señala al comentar la posición de la doctrina germano-italica, la jurídica identificación del negocio es lo que diferencia la nulidad de la inexistencia —dado que en ambos casos el “*substratum*” es imperfecto— no será precisamente la imposibilidad de la confrontación con el acto jurídico determinado (esquema legal) lo que convierta a este proyecto fracasado de acto en acto inexistente?

Para la teoría pura, igualmente: "los actos jurídicos son válidos o anulables, sin que se de otra tercera especie alguna. No hay, por consiguiente, actos nulos por la sola prescripción de la ley, ni menos actos meramente aparentes, en realidad inexistentes".

A esto concierne la escuela egológica costiana: "la designación de inexistencia a lo que carece de vigencia no es objetable como autocontradicción. Porque la inexistencia predicada no niega la realidad del acto... realidad que basta para atribuirle la apariencia de norma (o negocio) jurídico. La inexistencia aserada niega, en cambio, que a tal norma (o negocio) haya sucedido el posterior acatamiento de la colectividad, que es un hecho real, sin el cual ninguna norma (o negocio) jurídico existe como tal, es decir es vigente... De ahí el siguiente esquema:

- A) actos vigentes
- a) inválidos
- b) invalidables
- B) actos inexistentes
- c) frustrados
- d) desaparecidos

Aclara líneas —de quien tomamos estas notas— que con el término "inexistencia" se hace referencia a los actos no vigentes en general; con la palabra "frustrados" a los actos inexistentes por no haber logrado nunca vigencia, y con la expresión "desaparecidos" a los actos inexistentes por pérdida de la vigencia anterior temporal, sobrevinida con posesividad.

Muchas otras han sido las críticas dirigidas a la doctrina del acto inexistente. Al revisar la opinión de los diversos autores nacionales y extranjeros que la niegan, haremos mención de ellas.

Incluso la novísima teoría de la cuasiinexistencia ha sido seriamente impugnada. Así, incidentalmente, el Dr. López Olacino dice: "En conclusión, si a la doctrina de la inexistencia se la equipara a la inexistencia jurídica, habría que rechazarla en derecho positivo, porque la ley la rechazó y también en el campo teórico, porque se confundiría con la realidad. Si se la considera como inexistencia de hecho cabe aceptarla".

Modestamente, nos atrevemos a disentir con la autorizada opinión del destacado civilista. Pensamos que la cuasiinexistencia —que hemos separado como inexistencia jurídica— y la nulidad, son dos supuestos conceptualmente distintos, en la medida que aquí es un acto perfecto que no surte efectos, y ése un acto inicialmente viciado, como lo apuntáramos *ut supra*.

Más decididamente el Dr. Lagomarsino afirma que: "distinguir entre cuasiinexistencia e inexistencia aparece a nuestra vista como algo antojadino y rebuzado... y que ello implicaba proceder al diluquio de una institución como la inexistencia que aparece así desdibujada y aun peligrosa".

Repetimos que, en nuestro humilde entender, la distinción nos parece, rigurosamente, cierta, y, conceptualmente, exacta; por tanto, mal puede considerársela peligrosa. Creemos, al contrario, que reconocer la doctrina, como parece atribuirse en algunos fallos relativos al matrimonio, a partir del pronunciamiento del Dr. Barraquero, que los llamaba: "matrimonios careates de efectos extramatrimoniales" y que permitió compararlos al caso de negarse el equivar de una sentencia dictada en el extranjero es útil. Participa de esta opinión el Dr. Belluscio: la aplicación estricta de la tesis tiene la ventaja de derivar los mismos efectos de la inexistencia, sin que se los considere inexistentes.

La crítica a la teoría del acto, (absolutamente) inexistente, ha retardado en su provecho, desde que la ha reducido a sus justos límites y permitido distinguir los tres siguientes supuestos:

a) falta de sujeto. Con Liambias debemos diferenciar la voluntad viciada (p. ej. del demense) o el mínimo de voluntad (p. ej. del menor) de la voluntad inexistente (hipoteca constituida sobre un inmueble, cuyo propietario ha sido ajeno al acto).

b) falta de objeto: p. ej. compra-venta, donde falta el precio o la cosa vendida.

c) falta de forma, entendiendo por tal, no la legal, como lo querían Aubry y Rau; sino la específica, esto es: manifestación de voluntad, al decir de Liambias.

A su vez, los supuestos de la cuasíinexistencia son los ya considerados; no siendo adecuado simular los otros casos que incluye Melimain: 1º) el matrimonio celebrado con falta accidental de discernimiento —embelesado, hipnotismo, etc —puesto que si uno de los contratantes estuviese privado integralmente de razón —demencia— la sanción sería la anulabilidad del acto, con la eventual posibilidad de confirmación; y no parece lógico castigar más severamente el acto realizado con privación accidental que el realizado con falta absoluta de razón. Y 2º) los segundos matrimonios cuando no se ha probado aún la disolución o nulidad del primer vínculo, pues como bien lo puntualiza Lagomarsino: "ello implica admitir una inexistencia supeditada a la condición resolutoria de declararse nulo o disuelto el primer matrimonio, inexistencia que sería entonces o podría serlo, temporal y circunstancial".

#### DOCTRINA EXTRANJERA

##### 1) Francia:

Puede afirmarse, sin dudar, que a la Escuela de la Evolución se debe el desarrollo de la Doctrina del Acto Inexistente.

Sin embargo, ya, Pothier, como lo observa Nisco Massé, en ciertos supuestos de error parece esbozar una diferencia entre típicos casos de nulidad

y otros que estarían fuera del alcance de la misma. Es el primer intento, que no cristaliza, por reconocer la teoría.

Nada hay de ella en Demar, ya que éste incluye los supuestos de la inexistencia en el régimen de las nulidades.

Y así llegamos a 1804, fecha de la redacción del Código Civil Francés, en cuya comisión redactora la manifestación del Emperador de legislar de distinto modo el caso de la mujer que dijera "no" ante el oficial del Registro, de aquella otra que dijera "sí" después de haber sido objeto de violencia, halló imprecisa acogida en el art. 146 que se limita a decir: no hay matrimonio cuando no hay consentimiento. Es que, como lo señalara Japier: "la oscuridad más grande ha reinado en dichos trabajos preparatorios sobre la materia de las nulidades, estando desprovistos los autores de ideas sistemáticas".

La noción del acto inexistente se va insinuando gradualmente en las obras de Bion, Guyon y Solón, hasta consolidarse racionalmente, en la obra de Zachariae. Éste autor distingue ya, claramente, la nulidad de la inexistencia, presuponiendo para declarar la primera la existencia del acto. Reconoce, sin embargo, que las leyes califican de nulos ciertos supuestos de inexistencia y las asimilan, en lo que concierne a la acción de nulidad, a las nulidades propiamente dichas.

Aplica el concepto así configurado a la institución matrimonial en el caso del casamiento entre personas del mismo sexo; para la doctrina civilista éste era un problema insoluble, pues, creyéndose vigente el principio del "pas de nullité sans sexe" y desde que el Código no declaraba la nulidad de tales matrimonios, no había forma de impugnarlos. La doctrina de la inexistencia venía, así a solucionar la difícil cuestión.

La noción se aclama y desarrolla en las obras de Demolombe, Marcadé y, particularmente, en las sucesivas ediciones del Curso de Aubey y Rau. Para éste: "el acto inexistente o no sucedido (non avénu) es el que no reúne los elementos de hecho que requiere su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia... lo mismo ocurre con el que no ha sido acompañado de las condiciones y solemnidades indispensables para su existencia según la ley o el espíritu del Derecho Positivo".

Conviene en reconocer la imposibilidad de determinar, en términos generales, cuáles son esos elementos de hecho; así como también, que las diversas legislaciones no se ajustan, habitualmente, a dicho planteo al convertir, por ejemplo, el error de hecho en simple condición de validez.

Los supuestos de inexistencia serían: falta de consentimiento; omisión de algún elemento esencial (res. pretium en la compra venta) y la forma legal. No obstante, el esfuerzo de otros autores de conservar la clasificación tripartita (inexistencia, nulidad y anulabilidad) tienden a reconocer— fenómeno ciertamente habitual— sólo dos categorías: la inexistencia y la anulabi-

lidad, al incluir en la órbita del primer grupo los actos de objeto imposible de causa ilícita, etc. Ello también se manifiesta por el hecho de considerarse los pactos sobre herencias futuras como nulos en las primeras ediciones e inconsistentes en la tercera.

Demolombe se aventura a dar un paso más; reduce las alternativas a inexistencia y anulabilidad salvando, en esta última, la distinción entre la absoluta y relativa. Si bien la distinción entre inexistencia y anulabilidad, deriva de que el impedimento es natural en el primer caso y jurídico en el segundo, asimila en aquello los actos violatorios del orden público, de la moral y de las buenas costumbres.

Concuerda este pensamiento Laurent, Hoc, Mourlon y especialmente Baudry-Lacantinerie, quien dice: "del art. 1134 del Código Civil Francés, los sucesos y la jurisprudencia extraen esta conclusión: que la obligación sin causa o de causa viciosa no es sólo nula o anulable, sino nula de nulidad radical o inexistente". Más adelante agrega "en ciertos casos el error excluye el consentimiento; entonces el contrato no se forma porque falta uno de los elementos esenciales a su existencia. El error deja, aquí, al contrato, inexistente...". Seguidamente ejemplifica:

1º) Cuando recae sobre la naturaleza de la convención: entiendo vender y mi co-contratante cree recibir en donación;

2º) Cuando recae sobre el objeto de la convención. Entiendo vender mi casa en Bourdeaux y mi co-contratante cree comprar mi casa de Libourne.

3º) Cuando recae sobre la existencia misma de la causa de la obligación; es decir, cuando el error consiste en creer que la obligación tiene una causa cuando en realidad no la tiene. Identifica los conceptos de nulidad e inexistencia, al aplicar, a los ejemplos precedentes, el aforismo romano "non videtur continere qui errant. Nullus errantis consensus. Errantis voluntas nulla est".

La doctrina del acto inexistente, luego de alcanzar su apogeo, comienza el vacilante camino del ocaso. Así lo dice Lagomarsino: "en Francia, su país de origen, se la viene relegando al olvido...".

Ya Bonetasse es un partidario más moderado de la doctrina al reducir su alcance. Partiendo de la idea que el acto jurídico es un organismo (idea adelantada previamente por Ihering) con elementos psicológicos (voluntad) y material (objeto y forma) afirma que la omisión de cualquiera de ellos implica la inexistencia del acto.

Adhieren a ese temperamento Planiol originariamente, Colin y Capitant, quienes afirman: "la diferencia hecha por la doctrina entre las hipótesis de inexistencia y aquellas del acto nulo de nulidad absoluta es racionalmente admisible. Sin embargo, la jurisprudencia la ha ignorado. Es cierto que un fallo aislado de la Corte de Casación (del 30 de diciembre de 1902)

parece, finalmente, haberlo aceptado. De todas maneras no creemos que haya una utilidad bien marcada para distinguirlas".

Más adelante: "si se la observa de más cerca, la separación establecida entre los casos de inexistencia y las hipótesis de nulidad se reduce, hasta racionalmente, a un simple matiz".

Y, finalmente: "en el fondo la diferencia es estrecha. En los dos casos el acto choca con una fuerza soberana, superior a la voluntad de las partes. En realidad, los términos nulidad absoluta e inexistencia son casi sinónimos. En la lengua jurídica de los romanos siempre fue así: decir de un acto "nullum est" significaba decir indiferentemente: el acto es nulo, o bien, no hay acto, el acto es inexistente.

También Carbonnier, quien enumera como supuestos de actos inexistentes a aquellos en que falta el consentimiento (incluido falta de voluntad y error objetivo) falta el objeto, falta o falta causa y falta de formas legales.

Más radicalmente Japio, repudia la doctrina y reclama su abolición. Reseña los modestos orígenes de la misma y su progresiva y desvirtuada expansión, hasta concluir, como destaca con acierto, en su más extrema concepción por absorber todo el contenido de la nulidad absoluta y cambiarse de nombre.

Sistemáticamente las sucesivas ediciones del Tratado Elemental de Planiol y colaboradores van repitiendo la evolución de la doctrina francesa. En la undécima del año 1938, el destacado jurista reconoce la existencia de la teoría y analiza cuáles son los actos inexistentes: falta de consentimiento, de otro elemento esencial y (limitadamente) de la forma legal.

En la edición de 1956, actualización de Ripert y Boulanger se afirma que la doctrina debe circunscribirse a supuestos excepcionales: "en que la nulidad alcanza un grado tal de evidencia que resulta inútil e irracional acudir al juez; sería el caso de un acto otorgado por un menor impúber, o de un acto solemne como el matrimonio que hubiera sido formalizado por instrumento privado".

Similámente el *Traité Pratique* de Planiol y Ripert, con la colaboración de Esmein en la redacción del tomo 6<sup>o</sup> se expresan así: "un grave problema se presenta ahora, el de saber si al lado de la inexistencia es necesario mantener dos categorías de nulidades. Los autores están en pleno desacuerdo. Algunos absorben en inexistencia todas las nulidades que no les parece posible sanear (Laurent, Bourdy Lacantinière y Barde); ellos no admiten, en efecto, diferencias prácticas entre esas nulidades y la inexistencia.

Otros (Aubry y Rau, Bonnet-Lapierre) más preocupados por la lógica, se refusan a calificar de inexistentes los actos contrarios al orden público o a las buenas costumbres a los cuales no les falta ningún elemento esencial y que son del tipo de la nulidad absoluta...

Pero cuando ellos quieren justificar con razones prácticas, la distinción entre inexistencia y nulidad absoluta, deben decidir que la segunda sólo supone una decisión judicial o que el acto nulo de nulidad absoluta es susceptible de producir ciertos efectos”.

Concluyen, sin embargo, señalando que a pesar de la aparente lógica de la teoría del acto inexistente hay poco para ceder en ella. . .”.

Braudat, de quien Castiglione resume su pensamiento así: la inexistencia no reside en el fundamento del vicio; sino en su intensidad y su fórmula en ésta; inexistencia: si una de las condiciones exigidas falta completamente; nulidad: si ella no está sino parcialmente cumplida. Por demás, se refiere al texto del Código Francés citando en apoyo de su pensamiento los arts. 146, 931, 1131, 1691 y especialmente el 1108, que dice: “cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención: el consentimiento de la parte que se obliga; su capacidad de contratar; un objeto cierto que forma la materia del acuerdo; una causa lícita en la obligación.

Luzetco, quien afirma la falsedad del punto de partida; el concepto del organismo jurídico. Guadenas, quien sostiene en su obra: “*Théorie générale des obligations*”: “ciertos autores han intentado elaborar una doctrina más matizada que comporta una división estricta de las nulidades; al lado de la nulidad relativa, ellos distinguen la inexistencia de la nulidad absoluta. Según Aubry y Rau si los elementos ausentes son los de hecho hay inexistencia; si el acto contraviene un mandato de la ley hay nulidad (p. ej. venta de objeto ilícito). Esta distinción es interesante, pero la mayoría de los autores la declaran sin utilidad. En efecto, lógicamente no se concibe la diferencia o la sanción entre los dos casos: el elemento ausente sea un elemento de hecho o legal, tiene la misma importancia, por la fuerza de las cosas en el primer caso, por la voluntad de la ley, en el segundo. En cuanto a pretender que la ausencia de un elemento legal no podría enrañar la nulidad del contrato sin decisión de la justicia es confundir entre la prueba y el fondo del derecho; que el elemento que falta sea de hecho o de derecho, legalmente el contrato ha nacido muerto, solamente falta probarlo”.

Los hermanos Hénari, León y Jean Masséud escriben en sus Lecciones: “pero esta teoría no es solamente inútil; es también falsa. Los autores que la preconizan pretenden que algunas diferencias importantes separan a la inexistencia de la nulidad absoluta. Ante todo, según ellos, la inexistencia no tendría que ser demandada judicialmente.

Olvidan que el acto, incluso inexistente, crea una apariencia y habrá que dirigirse desde luego, a los tribunales para hacer que desaparezca esa apariencia y se restablezca la realidad. Nadie puede hacerse justicia por sí mismo. Desde el instante en que una situación tiene apariencia de realidad existe; y debe intentarse una acción para comprobar su nulidad, para hacer que desaparezca la apariencia.

Para Julliot de la Morandière —actualizador de la obra de Colin y Capitant— la regla aparece como incierta e inútil. Finalmente, Marty et Raynaud afirman: "Fuera del caso particular del matrimonio (donde parecen aceptarlo) nada impide la nulidad misma, si los textos legales no la pronuncian formalmente; ella puede, perfectamente, ser deducida del carácter de la disposición transgredida y de la necesidad de sancionar eficazmente tal violación; al lado de las nulidades sexuales, hay por interpretación, numerosas nulidades virtuales.

De ahí que el recurso a la inexistencia aparezca como una complicación bastante inútil y se puede preguntar si no basta con hablar de nulidad absoluta.

Se podría hallar en todo caso, una razón de ser a la distinción, si se admite que la acción por nulidad absoluta es prescriptible; en efecto, hay casos tan graves en que no se concibe que una prescripción inclusive trentenaria, pueda llevar a consolidar un acto demasiado informe o imperfecto.

Nos resta por analizar, someramente, los trabajos de la comisión reformadora del Código Civil Francés designada el 7 de junio de 1945. Las distintas subcomisiones, la de Obligaciones, la de Parte Graf, la de Actos Jurídicos). Considerando lo difícil de sumar criterios, fueron solapando el pronunciar sobre la cuestión. Y aún en las reuniones de la Comisión Plenaria del 18 de junio de 1948 y siguientes no se abocó directamente el tema. En definitiva, como lo señala Niemo Blanc: "no se testimoniaron ideas claras, aún en materia de nulidades, o por lo menos de ideas claramente demostrativas del criterio inspirador adoptado. Difícilmente podría haber sido de otro modo, si se tiene en cuenta las opiniones concentradas de los ilustres juristas que integraron la comisión reformadora. Así en el seno de una misma subcomisión, Roger Houlet que negaba la doctrina al redactar su proyecto (arts. 1 y 12) varió luego de opinión y se unió a Lasserre y Lyon Caen frente a la oposición irreducible de Niboyet que seguía desconociéndola.

## 2) Doctrina Italiana y Alemana:

En rigor de verdad, el pensamiento de los doctrinarios de ambos países es semejante. Efectivamente, el punto de partida común es el concepto del hecho jurídico interpretado como: acontecimientos o situaciones (estados) que producen una modificación de la realidad jurídica, o sea, un efecto jurídico y que, por eso, son jurídicamente relevantes. El hecho jurídico debe mantenerse diferenciada la denominada hipótesis (fatispecie o *casus*); por fatispécie se entiende la peculiar figura jurídica o situación típica o hipótesis a la que la norma se refiere con su precepto o prohibición, y que es el presupuesto o el conjunto de presupuestos (por lo que se suele distinguir entre fatispécie simple y compleja) para la aplicación de la norma misma y para la producción de los efectos jurídicos; por tanto, la fatispécie precede lógicamente la aplicación de la norma y de los efectos que se realiza cuando la fatispécie —de hipótesis— se convierte en hecho jurídico concreto...



Así, por ejemplo, se suele hablar de la farrispecie "propiedad" como del conjunto de los elementos de hechos que dan lugar a la aplicación de una o varias normas coordinadas en torno a aquel instituto jurídico, que también él, es denominado "propiedad".

Concluye Massimo, de quien hemos tomado estos conceptos, diciendo: "se suele hablar de completar la farrispecie" para indicar que falta algún elemento de ella y que tal elemento sobreviene; ej. la muerte del testador o la supervivencia del llamado, en la hipótesis de un testamento ya redactado y de por sí válido. Sin completar la farrispecie no se produce el efecto del que ésta es, de por sí, capaz. En ambos casos —nulidad e inexistencia— el testasad es imperfecto; pero —se dice— procede distinguir el caso en que la ausencia de los elementos del negocio permite, no obstante, su jurídica identificación, de aquel en que esa identificación no es posible lo que ocurre cuando la falta llega a impedir que el hecho examinado pueda reconocerse en determinado negocio (inexistencia).

En el clásico tratado de Escobar traducido por Pérez González y Alier que acotan: "para mejor perfilar los conceptos conviene examinar por separado la inexistencia o nulidad radical, la anulabilidad o nulidad pendiente de impugnación y la rescisión. La nulidad radical e inexistente del negocio jurídico es aquella imperfección que le impide producir sus efectos propios. El Derecho, considera al negocio exactamente como si no se hubiera realizado y, si, por acaso produce algún efecto, éste no será propiamente efecto del negocio jurídico en cuanto a tal sino meramente consecuencia de los hechos puros en juego al concluir el acto nulo o como dice la sentencia del 30 de nov. de 1909 de la inexistencia no se pueden deducir más consecuencias jurídicas que las que necesariamente se derivan de esta misma inexistencia.

#### Causas

Por numerosas y heterogéneas que sean pueden reducirse a tres fundamentales:

- 1º) El negocio choca con un precepto legal prohibitivo;
- 2º) Por carecer de algunos de los requisitos de fondo esenciales al contrato;
- 3º) Por falta de la forma exigida con carácter de requisito esencial.

#### Efectos

1º) El acto nulo (de nulidad radical) no produce efectos: *quod nullum est, nullum producit effectum*.

2º) No es menester impugnación alguna de parte, para impedir que produzca efectos jurídicos, ni fallo judicial, ya que la nulidad tiene lugar *ipso iure*.

3º) Para impugnar el contrato nulo, para alegar su inexistencia, está autorizado cualquier tercero que tenga en ello interés.

4º) El negocio nulo por carecer de todo valor, por considerándose, como si no existiera no puede sanearse por modo alguno; es imprescriptible, inconfirmable y sólo por singular excepción se admitió, por el T.S. que el tratamiento nulo por defecto de forma se convalida en virtud de la ejecución voluntaria por parte de los interesados.

5º) Si, a pesar de su ineficacia absoluta el negocio nulo hubiera sido ejecutado, en todo o en parte procede la restitución de lo dado. Siendo imposible, su valor con más los intereses.

Emilio Bertr, en su teoría general del Negocio Jurídico dice: "la distinción entre nulidad e inexistencia es conceptualmente legítima.

Se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él, más que una vacía apariencia, la cual si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo verificado o asistido a él, no produce, sin embargo y en absoluto efectos jurídicos ni siquiera de carácter negativo o divergente. Por el contrario, la estimación de un negocio como nulo postpone, por lo menos, que el negocio existe como supuesto de hecho; que, por tanto, existe una figura exterior de sus elementos eventualmente capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente; aunque esta figura se revele luego inconsistente ante un análisis más profundo... Las aplicaciones son más fáciles de indicar en el campo del Derecho Público y del D. Procesal en particular, pero no falta tampoco en el D. Privado y, especialmente, en negocios del D. de Familia.

Es notorio que la antítesis nulidad-inexistencia revista considerable importancia en la teoría de la sentencia... En el campo del D. de Familia el D. Canónico ha elaborado la distinción entre "matrimonium nullum" y "matrimonium non existens". En general se deberá considerar inexistente el negocio cuando al simulacro de tal que se cree haber dado vida, no se engazan efectos jurídicos del género correspondiente al tipo en cuestión, ni siquiera efectos del carácter negativo y divergentes como el indicado en el art. 1276 del Código Civil Español.

Vincentio Scialoja rechaza la doctrina. Afirma: "Nosotros hablaremos de vicio del negocio jurídico para indicar, genéricamente, todos sus posibles defectos: de nulidad cuando ese vicio alcanza su más alto grado, o sea, cuando afecte ese vicio alcanza su más alto grado, o sea, cuando afecte de tal manera el negocio jurídico y sus efectos normales, que sólo le deje su mera apariencia exterior, desvirtuando su sustancia. Muchos maximas califican ese caso de inexistente (es decir, para que nos entendamos bien lo que nada significa). Hemos de hacer observar que las palabras

inexistencia, inexistence, no son exactas, puesto que tales negocios, aún cuando nulos, han sido realizados (cita a Windscheid: el negocio jurídico nulo no existe, pero el derecho de hecho existe. Es un cuerpo sin alma, más no por ello deja de ser un cuerpo) niessen, pues, sino los efectos cuando menos la apariencia del negocio jurídico, por lo cual, al calificarnos de inexistence se dice algo que no es completamente exacto. Y eso es tanto más cierto que en muchos casos, tal apariencia no sólo existe, sino que puede producir, indirectamente efectos jurídicos; así, por ejemplo, el mandato otorgado a una persona para matar, es, sin duda, un negocio nulo civilmente, pero con existencia jurídica, puesto que produce efectos en la esfera penal. . . Por tanto, estimamos un error querer sustituir la palabra nulidad con la de inexistencia, aun cuando lo principal es llegar a comprenderse en esta materia.

Coincidentalmente el traductor Peismasler e Ivalde agrega: "Como observa muy bien el prof. Scialoja no puede admitirse como lo hace Windscheid que no exista jurídicamente el negocio a no ser que se acoja el restringidísimo concepto de nulidad de Köppen —que el propio Windscheid critica— según el cual sólo es nulo el negocio que no tiene importancia alguna para el derecho y que no produce tampoco efectos jurídicos distintos de aquel al que se encaminaba, cual sería el caso del mandato para matar, del que se habla en el texto y de otros más en el campo del derecho civil, e.j., la venta realizada por quien no es propietario de la cosa, es nula, pero puede producir efectos por la ratificación posterior que el propietario haga".

Para Carlos Ferrás la distinción entre inexistencia y nulidad es válida en derecho positivo. La inexistencia se configura cuando faltan los elementos que supone la naturaleza del acto, de modo que es inconcebible que la realidad sucedida sea un negocio jurídico. La diferencia práctica entre ambas categorías radica en que el acto nulo, aunque no produzca sus efectos propios, puede producir otros, indirectos o menores, lo que no ocurreá con el acto inexistente (López Otáregui).

México tampoco admite la doctrina. Dice así: "A la validez del negocio se contraponen otras situaciones del mismo: no-válido (o imperfecto) es el negocio cuando carece de algún elemento esencial o también accidental cuando éste sea en intención del declarante elevado a elemento esencial; o bien, cuando uno (o varios) de tales elementos sea afectado de vicio o bien cuando el negocio mismo sea ilícito o imposible se distinguen dos formas de invalidez: la nulidad y la anulabilidad:

a) Nulidad se tiene cuando faltan uno o más elementos esenciales del negocio por lo cual está en cuestión el negocio en lo intrínseco del mismo. En cuanto a la primera de tales situaciones la terminología era en un tiempo, también, la de inexistencia jurídica del negocio, para expresar que, aunque materialmente inexistente, el negocio, desde el punto de vista del

derecho, es como si no existiese (este independientemente, del hecho de que el interesado recurre a la acción de declaración de carencia de tal inexistencia) la nueva legislación, para indicar también esa situación emplea el término nulidad. Pero a pesar de que no se encuentran nunca en la ley el término inexistencia —incluso en algún texto parece equipararse inexistencia a nulidad (art. 2881 Co. Italiano)— por más de un autor se tiende a distinguir entre negocio inexistente y negocio nulo, considerando que en la inexistencia no hay el hecho jurídico que pueda dar vida al negocio, mientras que en la nulidad el hecho jurídico existe aunque sea ineficaz. Podemos limitarnos a replicar que falta la utilidad práctica de la distinción, porque aún refiriéndose a la nulidad los efectos negociables de ésta no son menos ínteros que los que derivarían de la inexistencia”.

#### *Doctrina nacional*

Como señala Lagomartino: (... en nuestro país— a la inversa de Francia donde se la viene relegando al olvido)— también por razones circunstanciales como las que motivaron su nacimiento la teoría ha cobrado en los últimos años, una significación particular que la ha devuelto a su vitalidad premiancia”.

Cuestionando lo de razones circunstanciales corresponde subrayar el hecho, que en nuestro país en general, los juristas clásicos rechazaban la doctrina y los modernos tienden a aceptarla.

Así Lisandro Segovia, en la nota al art. 1647 define su pensamiento: “Habrá nulidad relativa cuando la ley no permita alegarla sino a aquellas personas en cuyo beneficio ha sido introducida (art. 1649 y 1650) y nulidad absoluta, no sólo cuando el acto sea del todo inexistente (non aveniu) en la terminología del derecho francés, por falta de objeto, o cuando éste sea ilícito, o por incapacidad natural de la parte para consentir, sino cuando sea celebrado por una persona que tiene una incapacidad absoluta o accidental o sin la forma instrumental, legalmente esencial, en instrumento del todo nulo. A estos actos los llaman Aubry y Rau inexistente”.

Salva, por su parte nos recuerda que “los actos inexistentes— terminología introducida por Zachariae— son aquellos que no han podido llegar a existir por carecer de algún elemento esencial para su existencia, p. ej., los actos de un demente, falta en ellos la voluntad, sin la cual no se concibe la existencia de ningún acto jurídico; se considera igualmente como un caso de inexistencia la ausencia de las formas prescritas para los actos solemnes (forma dat esse rti).

Romero del Prado agrega: “La teoría del acto inexistente no ha sido aceptada por la mayor parte de nuestros autores, aunque han abogado en su favor Moyano y reticentemente Liambás y Borda”.

Concluye observando que en orden al vínculo matrimonial es donde algunos jueces, en nuestro país, han admitido la teoría de los actos inexistentes.

Lehille trata el tema en su Curso de Dcho. de Familia. Dice así: "Los actos inexistentes serían aquellos respecto de los cuales se puede afirmar desde un principio, y de manera absoluta, que no han vivido jamás. Así ocurre cuando falta un requisito sin cuyo concurso no es posible conseguir la formación del acto.

Esa teoría nació precisamente, en el matrimonio, merced a los dos ejemplos clásicos de la unión de las personas de un mismo sexo y de la falta de consentimiento, con arreglo al texto del C. Napoleón, en cuya virtud, sin ese último factor, no hay matrimonio.

Nuestro código no necesita de la categoría de los actos inexistentes, para obtener idéntico resultado. Al reconocer la nulidad de pleno derecho, como lo demuestra Freixa, que se tiene por tal aunque no haya sido juzgada (art. 1038) resuelve satisfactoriamente el problema. El juez no hace sino reconocerla, una vez que llega a su noticia; ni siquiera depende de acción como en el caso del acto anulable...

No aparece, pues la necesidad de recurrir a una nueva designación jurídica, a fin de caracterizar la ineficacia del acto jurídico que carece de un elemento indispensable para su validez.

Encheverry Benaco afirma que, si bien, el acto inexistente es intrínsecamente distinto del acto nulo, no hay tal diferencia en cuanto a sus consecuencias.

También Castiglione apunta dicha circunstancia. Asegura, "un acto es inexistente cuando le falta un elemento esencial para su formación y tal que no se puede conibir el acto en ausencia de ese elemento.

Un acto inexistente no tiene existencia a los ojos de la ley, es una apariencia sin realidad: la nada; y por lo tanto se dice que no se lo puede anular, de la misma manera que no se puede matar un muerto; y cuando se dice acto inexistente se refiere a lo inexistente jurídicamente, no naturalmente inexistente. Pero si teleológicamente se distingue el acto nulo del acto inexistente, prácticamente se confunden y así lo reconocen Colin Capitant, pues, dicen que no sólo ambos exigen la intervención de la justicia para que constare la inexistencia o nulidad, sino que, ejecutado el acto inexistente o nulo, deben igualmente remitirse al estado anterior en que se encontraban.

Y si —continúa— la doctrina enseña que en la inexistencia, el obstáculo para su validez es un obstáculo natural y en el acto nulo, el obstáculo es una prohibición de la ley; es decir, un obstáculo legal; en el fondo la diferencia se atienda hasta desaparecer, ambos obstáculos reinan soberana-

meno y la voluntad de las partes es imposible para hacerlos desaparecer. Concluye "este término nuevo —inexistencia— ha complicado las ideas, no sólo por lo redundante, sino por la disparidad doctrinaria en su significación.

Tampoco Spota hace lugar a la doctrina. Plena "cabe preguntarse si la categoría de los actos nulos no brindan margen alguno para ser distinguida de los llamados actos inexistentes. Estos serían dentro de la doctrina que los distingue de los actos nulos o anulables, aquéllos que no han podido surgir a la vida del derecho por la ausencia de un elemento esencial, mientras que la nulidad implica la existencia del acto jurídico por hallarse reunidos sus elementos esenciales aunque éstos adolezcan de vicios, más o menos trascendentes. Para nosotros, que hemos definido el acto nulo como aquel que carece de un elemento esencial y, por ende, jurídico, el dualismo indicado no resulta procedente.

Además, las hipótesis de inexistencia no son tales: la ausencia del consentimiento en el acto jurídico bilateral, no siempre es la "nada", ya que la oferta no aceptada, objeto de una falsificación en la aceptación, puede originar responsabilidad en el supuesto de que el destinatario hubiere "dado" o "re" "dido" "j" "dido" "o" "c" "ción" una "respuesta" "negativa." La ausencia del objeto, o de la causa del acto jurídico plantea un problema de responsabilidad o de riesgo contractual, pero no de inexistencia. En cuanto a la ausencia de formas, el derecho moderno, se atiene a la sustancia del acto, huyendo de un formalismo excesivo y de otra época, y por ello se ha advertido en la doctrina francesa, que el consentimiento por sí sólo obliga y que la ley puede declarar nulo el acto que las partes han celebrado sin formas, pero el consentimiento subsiste siendo capaz de producir efectos jurídicos.

En nuestro derecho, por lo tanto, no corresponde discriminar el acto inexistentes del acto nulo o anulable. A ello se opone todo el sistema de las nulidades.

Continúa señalando, "se sostiene que el art. 1057 del C. C., sólo admite las nulidades expresas, rechazando las nulidades virtuales y asumiéndose que para los casos en que falta la declaración de nulidad el recibo de la categoría de los actos inexistentes es más procedente que el recurso de tener el sentido de una disposición legal haciéndole expresar lo contrario de lo que expresa para evitar las graves consecuencias de su estricta aplicación. Cabe sin embargo observar, que si nuestro derecho positivo no admite otra nulidad que la expresa, entonces tampoco procede recurrir al ingenioso recurso de crear al margen de la ley otra categoría de ineficacia jurídica con efectos aún más dilatados que la nulidad; prohibida la declaración de nulidad sin texto expreso, afortiori queda vedado al juez hablar de inexistencia. Esto no puede salvarse diciendo que se trata de aplicar una noción primordial del razonamiento y de la lógica, porque lo que

cuenta, dentro de la corriente doctrinaria estricta, es lo normativo, aunque divorciado de lo equitativo justo o lógico.

Lo procedente pues es considerar que tanto hay nulidad cuando la ley expresamente así lo ha declarado, como cuando falta un elemento esencial, pues que surja el supuesto de hecho previsto por la ley misma aunque ninguna determinación legal y solemne se haya previsto para el caso.

También Neppi se enrola en esta corriente. Opina "la nulidad en sentido propio, cuando es absoluta, debido a su carácter radical y manifiesto, invalida por sí misma el acto, desde su origen (art. 1038) pero no es de creer que la declaración de voluntad así viciada pueda considerarse como, en absoluto, inexistente, desde el punto de vista jurídico".

En realidad, el acto aunque destruido de todo valor, en relación con sus efectos típicos, podrá sin embargo, hacer lugar a la obligación de resarcimiento de los daños y perjuicios, sufrido por una de las partes o de una distinta formación de reparación a cargo de la otra y aún de terceros, cuando se le agraga un hecho ilícito u otro hecho lesivo de los derechos patrimoniales de aquéllas.

Participan igualmente, del criterio negativo de la teoría Díaz de Guisarte, Arias, León y Busset, aunque de éste último son estas palabras: "no despertaría preocupación la teoría del matrimonio inexistente si se contrajera a lo que fue en su origen, a una categoría de excepción si se redujese en su aplicación práctica única y exclusivamente, a las hipótesis obvias, ya clásicas, elaboradas por la doctrina francesa, acogidas después, por cierto sector de la doctrina nacional, y las únicas que, racionalmente podrían tener cabida dentro del texto del art. 14 de la Ley de Matrimonio Civil.

Tanto Llerena como Machado admiten la inexistencia únicamente referida al matrimonio. Dice el primero, comentando el art. 1038 de nuestro C. C.: "no necesario exponer las teorías de aquellos juristas, porque en nuestra propia ley encontramos todo lo necesario para conocer cuando una obligación es absolutamente nula o inexistente y cuando es anulable". Afirma el segundo: "si la nulidad fuera absoluta el acto debería considerarse como no existente; sino puede ratificarse no se comprende porque se niega el derecho, de alegar a lo que conecia el vicio. Es que la idea en falta, lo absoluto de una nulidad sólo se refiere a las personas que pueden ejercer la acción, no al acto mismo... luego la nulidad absoluta no produce el efecto de hacer que el acto sea inexistente".

Finalmente Nieto Blanc destruye la teoría considerándola como un resabio del derecho natural. Concepía que "los presupuestos (nubentand, fastigie) considerados por ella, adquieren relevancia en el derecho, justamente, también por ser elementos de la imputación, no por sí mismos". De ahí que "la afirmativa sea, pura —estricto juris— hermética: hay acto jurí-

dico, o no lo hay (no acto) una tercera variante, lógicamente, no puede darse".

Sin embargo en nuestra modesta opinión entendemos que la alternativa no tiene porque ser hermética. Reconocemos como cierto que o hay acto jurídico o no lo hay, pero creemos que si no hay acto jurídico no tiene porque no haber acto (no acto).

Es que no se trata de un problema existencial (*ser o no ser*) sino de categoría legal (*ser acto jurídico o no serlo*) pensamos en resumen, que si no hay acto jurídico, puede no haber acto (no acto) o haberlos así llamados actos condicionales definitivamente frustrados, la infirmitad, la superficialidad, etc., inexistente, podría adaptarse a esta última categoría jurídica particularmente cerca del grupo de los "actos semejantes a los negocios" de que nos habla Enneccera.

Efectivamente el acto cuasi-inexistente tiene vocación de acto jurídico pero no llega a ingresar en la esfera de éste, o ingresa y luego es degradado al no cumplirse la condición a que se hallaba supeditado, a diferencia del acto nulo que ingresa en la órbita del acto jurídico y es fulminado por la ley, en atención a lo vicioso de sus elementos tornándolo ineficaz.

Entonces el acto cuasi-inexistente —repulsado de la esfera de los actos jurídicos— podría hallar cabida en la categoría del acto meramente lícito, pues si bien las partes pudieran tener por finalidad inmediata producir consecuencias jurídicas, el medio empleado —el acto cuasi-inexistente en sí— no sería idóneo para producirlos, y la ley se desinteresa de las consecuencias queridas por el agente, cuando y si le enlaza efectos jurídicos— en nuestro caso no le enlazaría efecto jurídico alguno. En otras palabras que p. ej. los actos condicionales definitivamente frustrados, la infirmitad la superficialidad etc., por sí, son incapaces de producir efectos jurídicos, independientemente de la voluntad del agente; en cambio que los actos nulos, por sí, son capaces de producir efectos, si no fueran anulados.

Por lo tanto, en esta categoría del acto meramente lícito hallamos, conforme al Dr. Boffi Boggiero: los actos a los que la ley no siempre determina efectos jurídicos; los actos voluntarios lícitos a los que la ley enlaza efectos jurídicos ya sea las declaraciones de voluntad, ya sea los actos reales; y esta última categoría —por nosotros agregada— de actos que quisieron ser jurídicos pero no pudieron serlo y a los que la ley no enlaza efecto alguno; de ahí cuasi —como si fuese— inexistente. Es decir que serían actos meramente lícitos ineficaces.

En cambio la inexistencia escasa ubicada en otro plano, como lo señala con acierto López Olazregui, dentro de la doctrina del acto jurídico y frente a la existencia del acto.

Ya dentro de la corriente opuesta —que admite la teoría de la inexistencia— Moyano nos aclara por qué varió de opinión: "en un principio



pensé que si no se señalaba la estructura y funciones propias a la inexistencia de los actos jurídicos ya que los caracteres y funciones son comunes con los perfeccionados a la nulidad, lo que se imponía era el rechazo de la categoría de los actos in-existentes cuya denominación exorbita a las clasificaciones del código. Después de más detenida reflexión he rectificado mi primitiva opinión, en virtud de que la inexistencia de un acto jurídico, al cual le falta algo que, por ley, es substancial, es una comprobación que no requiere precepto legal, por ser más que un principio legal una noción primordial del razonamiento y de la lógica. Es verdad que tal inexistencia tiene atribuciones y consecuencias idénticas a la nulidad, pero como sólo hay nulidades legales cuando está establecido por el código, concluye que, para los casos en que falta la declaración de nulidad, el recibo de la categoría de los actos in-existentes es más procedente que el recurso de tener el sentido de una disposición legal, haciéndole expresas lo contrario de lo que expresa, para evitar las graves consecuencias de su estricta aplicación".

Borda, por su parte, señala: "distinguir entre actos inexistentes y nulos, no siempre es tarea sencilla; la jurisprudencia francesa, a la que es inevitable referirse, pues allí es donde la teoría surgió y se desarrolló, confusa y contradictoria a veces, el concepto de acto inexistente se ha ampliado a supuestos en los que es evidentemente inaplicable, y pensamos que a ello se debe principalmente las críticas que la teoría ha suscitado en aquel país. Por nuestra parte creemos que sólo puede hablarse de actos inexistentes en ciertos supuestos extremos: a) si falta el acuerdo de voluntades, o si hay disenso entre las partes, tal ocurrirá si la parte aparente no presó, en verdad, el consentimiento o si una de ellas ofrece vender su casa en Córdoba y la otra acepta comprarla en Buenos Aires, o si una ofrece en locación una propiedad y la otra acepta comprarla, o si se trata de un contrato celebrado a nombre de una persona de quien no se tiene la representación; b) si el objeto de la obligación es una cosa no susceptible de existir, o hechos materialmente imposibles como vender un pedazo de cielo; c) la falta de forma exclusivamente ordenada por la ley no basta, en principio, para considerar inexistente al acto; el propio código establece que son obligaciones naturales las que proceden de actos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles. No obstante exceptúa el supuesto de la intervención del oficial público en la celebración del matrimonio pues "en este caso, la omisión de la formalidad legal supone la inexistencia del acto".

Llambías es un tenaz defensor de la inexistencia. Dice de ella que, es una noción conceptual —no legal— que nuestro entendimiento aplica a ciertos hechos, que no obstante tener la apariencia de actos jurídicos, no son tales por carecer de algún elemento esencial de ellos, sea el sujeto, objeto o forma específica. A esos no ser acto jurídico se lo designa adecuadamente con la denominación de acto jurídico inexistente.

Las nulidades conculuyen medidas de resorte legal, cuyo régimen está determinado por la misma ley. Es así que ella establece si la nulidad es una

cuestión que deba ser articulada por la vía de una acción judicial; quien es el titular de la acción de nulidad; si el juez puede declarar la nulidad de oficio; si el ministerio fiscal puede aducirla en el interés de la moral y de la ley; si la acción de nulidad es prescriptible; si se puede subsanar el vicio del acto nulo; cuales son las consecuencias de la declaración de nulidad, etc. En cambio nada de esto puede reglarse tratándose de la categoría racional de los actos jurídicos inexistentes: es sólo nuestro entendimiento el que nos muestra que si algo no es acto jurídico aunque aparezca serlo, no es posible como lo que no es, ni imputar a ese algo los efectos propios de los actos jurídicos efectivos y reales.

Suyas son, estas palabras, tan bien logradas: "el legislador puede privar de consecuencias jurídicas a un acto pero no insuflar vida a un fantasma, o invalidar la nada".

Rechaza así mismo las opiniones de los juristas que niegan la doctrina, porque:

1º) No es cierto que el acto inexistente sea una especie del género nulidad.

2º) El acto inexistente no coincide con el acto nulo de nulidad manifiesta.

3º) Tampoco es cierto que las consecuencias sean las mismas; a pesar del aforismo "quod nullum est nullum producit effectum" el acto nulo causa los efectos del art. 1033 y concordantes del C. C.

4º) Ciertamente ambos requieren de la intervención judicial; pero también se exige dicha intervención en el juzgamiento de dos hechos delictuosos p. ej. el robo y el hurto, a pesar de lo cual ningún jurista los identificará.

Boffi Boggiero a su vez escribe: "Es evidente que si procuramos imaginar todos los casos lógicamente posibles de inexistencia del acto jurídico emenemos por lo menos otros supuestos: a) alegación de un acto jurídico cuando no existió acto jurídico alguno; b) alegación de un acto jurídico cuando existió otro distinto; c) alegación de un acto jurídico al que falta uno de los elementos esenciales (compraventa sin precio); d) alegación de un acto jurídico al que falta uno de los elementos accidentales, y e) alegación de un acto jurídico al que no falta elemento alguno, pero que ofrece vicios o defectos de uno, varios o todos los elementos existentes, etc. Así como de la existencia de otros supuestos, dict autónomos, debo cocusarme de demostrar la posibilidad de que existan otros casos combinando los supuestos mencionados.

La precedente enumeración de supuestos de inexistencia que hace el Dr. Boffi Boggiero es discutible, particularmente en lo que respecta a los dos últimos casos, que no se ajustan al concepto que hemos desarrollado sobre el acto inexistente. Lagomarsino, quien estudiando el tema desde el punto de vista del matrimonio, concluye su modesto trabajo con las si-

guientes observaciones: a) en nuestro derecho, hay, además de los matrimonios válidos, los absolutamente nulos, y los anulables, una cuarta categoría de matrimonios inexistentes; b) no debe distinguirse entre matrimonios inexistentes y casi inexistentes; c) los supuestos de inexistencia son tres: 1º) identidad de sexos; 2º) falta de consentimiento, y 3º) ausencia del oficial público; d) debe considerarse incluido como un supuesto de inexistencia por falta de consentimiento, el caso del matrimonio celebrado por apoderado a posteriori de la revocación del mandato.

Germán Bidart Campos nos ejemplifica la diferencia entre las categorías estudiadas: "Cualquiera, dice, nota la diferencia entre un concubinato como mera unión y la unión celebrada ante autoridad incompetente. En el primer caso es ridículo hablar de matrimonio inexistente porque sólo hay un hecho de convivencia marital; en el segundo, los autores que se deciden por la teoría de la inexistencia ven un ejemplo típico de matrimonio inexistente. ¿Pero por qué en el segundo supuesto resulta admisible hablar de inexistencia de matrimonio y en el primero no? Porque en el último, además de la unión de hecho ha habido algo que pretendió ser matrimonio; algo más que el apuntamiento voluntario de un hombre y una mujer; una apariencia. El que anunció esa unión era incompetente, y por eso se dice que no hubo matrimonio, que el matrimonio es inexistente, y lo que pareció tal agredió su realidad en la simple apariencia. Pero note que la inexistencia será sustrada en una celebración, en una apariencia y no en un simple *factum concubinatio*."

Aún queda otra acotación que formular al tema de la inexistencia para admitirla, creemos que el autor debe circunscribirse a hablar de ella dentro del círculo cerrado de un ordenamiento jurídico determinado. En resumen cuando se pregunta si hay acto o no hay matrimonio, entendemos añadir que no lo hay en tal o cual país y que no lo hay porque la apariencia es insuficiente para fundar allí la existencia legal de los mismos.

Imaz se expresa así: "de ambas especies de actos irregulares como son los actos nulos y anulables cabe, todavía, distinguir aquellos que son meras apariencias. Los actos que no reúnen los elementos formales o de hecho que su índole u objeto impone deben considerarse no como inválidos por disposición de la ley o del juez, sino como inoperantes según la naturaleza de las cosas son los actos inexistentes". Y más adelante agrega: "Con estos logros volvemos a nuestro problema referente a la problematización de los actos jurídicos inexistentes; debemos, ahora, afirmar que su caracterización como actos aparentes resulta exacta".

López Otáregui puntualiza que "el campo de la inexistencia no debe ser opuesto a la realidad, porque para que una oposición sea exacta tiene que enfrenar términos que sean contradictorios entre sí. Lo contrario de inexistencia no es nulidad sino existencia, y dentro de la existencia (del acto jurídico) corresponderá dividir las secciones de la eficacia y de la nulidad.

Gráficamente el plano de situaciones es el siguiente:

Doctrina del Acto jurídico — inexistencia  
— existencia  
— con defectos (nulidad)  
— sin defectos (validez)

Luego concebía qué es inexistencia, comprendiendo a: todos los supuestos en que resultare que el sujeto a quien el acto se atribuye no ha desarrollado la conducta externa (declaración de voluntad) que coincide con la conducta típica que la ley requiere para que se configure el acto jurídico de referencia.

Ofrece ejemplos: a) falsificación de firmas en escritura pública donde se instrumenta un acto jurídico; b) matrimonio que no observa las solemnidades de rito, ya sea que constalgua enlace por instrumento privado o escritura pública, ya sea que sean "unidas" por una persona que dice ser oficial del Registro Civil sin serlo, y c) error obsoleto, como el que resulta si una persona pretende vender un inmueble y la contraparte tomarla en locación.

Por último, diremos que coinciden en aceptar la tesis Eñeros, Prayones, Colma, Cordeiro Alvarez, Fassi y Melinario.

### El acto inexistente en nuestro Derecho Civil

Resulta sintomático —y así se lo subrayó— del pensamiento del codificador el que la palabra "inexistencia" no aparezca mencionada, en el extremo articulado, y en las profundas notas que lo ilustran, como categoría jurídica. Mas aún, en la nota al art. 1038, Vélez dice: "La nulidad puede resultar de la falta de condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo que comprende principalmente, la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Ella puede resultar también, de una ley que prohíba el acto de que se trata".

Aparentemente, pues, el codificador habría cerrado la puerta a la admisión de la doctrina del acto jurídico inexistente —y a la casi inexistencia, por lo que dice en la parte final de la nota—. Sin embargo, Lisabias se ha preocupado de investigar pacientemente los casos de inexistencia que surgen de nuestro código civil. Son tales:

- 1) El matrimonio no pasado ante oficial público. Art. 14, ley 2395.
- 2) El matrimonio en que uno de los contrayentes sigue el concubinato. Art. 14 de la precitada ley.
- 3) Contrato otorgado a nombre de otro, sin tener la correspondiente representación. Art. 1161, C. C.

- 4) Donación a favor de persona inexistente. Art. 1804, C. C.
  - 5) Donación a favor de una corporación que no sea persona jurídica. Art. 1804, C. C.
  - 6) Legado o institución hereditaria en favor de las personas mencionadas en sub. 4) y 5) Art. 5733, 5734 y 5735, C. C.
  - 7) Contratos aparentes en los que no hubo consentimiento de las partes. Arts. 1137 y 1144, C. C.
  - 8) Oferta o propuesta verbal no aceptada de inmediato. Art. 1151, C. C.
  - 9) Contrato sobre objeto indeterminado. Art. 1170, C. C.
  - 10) Mandato *post-mortem* de pagar lo que no se debe. Art. 5789, C. C.
  - 11) Compraventa, carente de cosa o precio; salvo para ese último caso, que se demuestre que se trata de una donación. Arts. 1323, 1326 y 1350, C. C.
  - 12) Venta de una cosa que dejó de existir. Art. 1328, C. C.
- No obstante que el codificador los repare tales son inexistentes:
- 13) El acto de objeto materialmente imposible. Art. 953, C. C.
  - 14) Acto que carece de objeto. Art. 933, C. C.
  - 15) Contrato que tuviese por objeto la entrega de cosas como existentes; cuando éstas aún no existan o hubieran dejado de existir. Art. 1172, C. C.
- O que el codificador haya declarado anulables, siendo, también inexistentes, cuando éstas aún no existan o hubieran dejado de existir. Art.
- 16) Acto consentido mediando error sobre la naturaleza. Art. 924, C. C.
  - 17) Acto consentido mediante error sobre el objeto. Art. 927, C. C.

### **Efectos del mismo**

Al considerar este punto la doctrina suele trazar un paralelo, destinando las distintas consecuencias de la inexistencia y de la nulidad:

- a) La inexistencia no es decretada por el juez, sino simplemente comprobada por él, a diferencia de la nulidad.
- b) El juez puede decretar la no existencia de oficio, en cualquier momento del período de prueba; en cambio la nulidad —salvo que sea absoluta— debe ser invocada por la vía de la acción o de la excepción; y la anulabilidad también, en todos los casos.
- c) La inexistencia puede ser alegada en cualquier momento, pero solo demostrada en el período probatorio. La nulidad absoluta puede invocarse

—por razones de orden público— en cualquier momento, antes de la citación para sentencia; y la relativa se reclama al celebrarse la litis exclusivamente.

d) El acto inexistente puede ser alegado por todo interesado incluso por su autor que supo o debió conocer el impedimento, la nulidad absoluta por todos, menos por éste, y la relativa únicamente por aquel, en cuyo beneficio ha sido instituida.

e) El Ministerio Fiscal no puede invocar la inexistencia, ni la nulidad relativa, sólo la absoluta en atención al orden público.

f) En cuanto a las partes, los efectos de la anulación de un acto son regidos por los arts. 1050 y siguientes del código civil, produciendo las consecuencias allí determinadas. En cambio, el acto inexistente no genera efecto alguno. Llámase así un ejemplo: la venta de un inmueble anulada por dolo del comprador; según lo que prescribe el art. 1053 se computan frutos e intereses, pudiendo, por ello, perjudicar al vendedor inocente. Pero supongamos que, en dicha venta, el vendedor fallciera antes de conocer la aceptación. Si los herederos hacen entrega del inmueble —ignorando aquella circunstancia— pueden reivindicarlo bajo la escritura; reclamando, igualmente, los frutos percibidos si el comprador fuera de mala fe (arts. 2422 y concordantes del código civil).

g) El enajenante, en virtud de un acto inexistente, puede reclamar su devolución del tercer adquirente, salvo que se trate de cosa mueble y haya habido buena fe. A la inversa —esto es, en virtud de un acto nulo— el enajenante de un inmueble no puede reclamarlo de un tercero de buena fe.

h) El matrimonio inexistente no produce las consecuencias del matrimonio putativo —habiendo buena fe— en cuanto al carácter de la unión y de la filiación.

i) El matrimonio anulado no afecta los derechos de los terceros de buena fe, a diferencia del matrimonio inexistente.

j) La acción para alegar la inexistencia no prescribe ni caduca, y

g) El acto inexistente es inconfirmable, a semejanza de la nulidad absoluta.

### **Jurisprudencia**

Decididamente los aires de la renovación doctrinaria nacional, no han alcanzado, aún, las magistraturas alguna de los estrados judiciales.

Ello no obstante, como lo destaca Romero del Prado, en materia matrimonial, algunos pronunciamientos hicieron lugar a la doctrina.

Así, en el caso B. K. Bc/G. S. S. (L. L. 52-270) el sumario informa: "1: debe reputarse inexistente el matrimonio de cónyuges domiciliados en el país que no fue celebrado ante el oficial público encargado del Registro

Civil, sino en un consulado extranjero. En tales condiciones, no puede sostenerse que sea nulo a los efectos legales, desde que no se puede anular lo que nunca existió”.

En primera instancia, el juez de la Rosa Igarzábal dijo: “Que en el caso de autos falta el requisito fundamental de que hayan expresado las partes el consentimiento ante el oficial público encargado del registro, por lo que conforme a lo preceptuado, no puede considerarse que el matrimonio legalmente haya existido. Que siendo ello así, el pedido de nulidad de matrimonio formulado en la demanda es improcedente, porque mal se podría declarar nulo lo que nunca existió...”

Que el acto celebrado entre las partes litigantes no tiene ningún valor respecto a nuestras leyes, porque el mismo se ha efectuado absolutamente al margen de nuestra legislación por lo que es admisible su inexistencia.

En segunda instancia el Dr. Baldrich agregó: “analizado el caso a la luz de nuestras disposiciones legales, resulta con evidencia que se trata de un matrimonio inexistente, de manera que el juez “a quo” ha resuelto con toda justicia.

Añaden a ese criterio los señores camaristas: Dres. Altuna y Mendoza Paz.

En el caso González (usc). JA13-372, el sumario señala: “la acción para que se declare la inexistencia del matrimonio es una acción de nulidad del matrimonio”. Al respecto, el juez de primera instancia Dr. Klappenbach dijo: “los actores demandan la declaración de inexistencia del matrimonio... fundados en que en su celebración no se habían observado las formalidades que exige la ley.

Como lo demuestra el Sr. Agente fiscal, ello equivale a demandar su nulidad por defectos de forma, porque según la doctrina del art. 951 del Código Civil, la nulidad del acto equivaldría a su inexistencia.

El agente fiscal Dr. Padilla dijo: “Ahora bien, en el caso de autos, no se pide realmente la nulidad, sino que se solicita se declare inexistente el matrimonio basándose en defectos de forma, pero no hay que olvidar que acto nulo o inexistente son términos equivalentes, por lo menos tratándose de actos a los que la ley exige una forma determinada para su validez”.

En segunda instancia, el Dr. Justo Celman aseró: “Desde luego, es evidente que aún cuando la acción se intente bajo la calificación de “inexistencia de matrimonio” lo que en el fondo se persigue es la nulidad del mismo por las deficiencias que se atribuyen al acto de su celebración. Recordada el fallo del ex camarista Dr. Díaz en el juicio que el Sr. Inquisido, maro de la menor Isabel Baldomera Llerena promovió contra Doña Herminia Pipes de Lange y que dice: “Decir que un matrimonio es inexistente porque no se ha observado en su celebración una formalidad esencial, es sostener

que ese matrimonio es nulo, de acuerdo con las disposiciones pertinentes contenidas en el Cap. XIII de la ley de matrimonio. En cambio, el Dr. Gelly —en ese mismo caso— decía: "Si el matrimonio que se opusiera, o mejor dicho, si el acto a que se diera ese nombre, se ha celebrado entre personas de un mismo sexo (caso citado por Dalla) o sin medir consentimiento, o ante personas destituidas de toda autoridad para consagrarlo, es evidente que cabría defenderse con su inexistencia, como único medio legal de conmutatorio, pues no están previstos entre las causas de nulidad (art. 84 ley de matrimonio civil) y que serían matrimonios inexistentes, no cabe duda, desde que, en el primer caso, faltaría uno de los elementos esenciales de su constitución, y en los otros no se habrían observado las formas y solemnidades requeridas como indispensables para su existencia (art. 14, ley citada).

Igualmente, en el caso G. J. R. (L. L. 45-257) el sumario establece: "El Derecho Argentino no conocer la categoría de los actos inexistentes. El fiscal de cámara Manuel Olmos (temperamento al que adhieren los Dres. Miguens, Maschwitz y Lagos) aclara: He sostenido en oportunidades anteriores y me refirno en mi criterio: «que en materia de nulidad del matrimonio no es aplicable el sistema establecido en el código civil para las nulidades de los actos jurídicos; la ley de matrimonio civil ni el Tratado de Montevideo mencionan para nada la clasificación de los "actos inexistentes".

En cambio, en el caso S. de R., FHc/RC (L. L. 65-56) fallado en la cámara civil y comercial de La Plata el sumario dice: "Frente a un matrimonio celebrado en el extranjero, subsistente aún el concurrido en nuestro país, corresponde rechazar la demanda de divorcio de aquí, pero no en virtud de senoznciar previamente la nulidad absoluta del matrimonio foráneo, sino por la mera declaración de inexistencia de tales nupcias en nuestro país. En los considerandos —voto del Dr. Fernando Legón, al que adhirió el Dr. Miguel Zorraindo— se lee: "En otras palabras, la nulidad trabaja con el presupuesto de un "hay" todo lo malo o deficiente que se quiera y con el posible efecto de inexistencia ulterior; y, en cambio, la inexistencia (como *prims* y no como efecto) es nada, y esto es precisamente lo que ocurre en el caso sub litt. ..."

La Cámara nacional civil sala "A" consideró, siguiendo el pensamiento del Dr. Llamblas, inexistente un caso de coexistencia, conforme a la opinión de Molinario. Es el caso A de D, ME c/DE (L. L. 101-934) cuyo sumario dice así: "Los actos realizados en violación de la ley argentina —en el caso matrimonio celebrado en el extranjero por personas casadas en jurisdicción nacional y divorciadas fuera de ella— son jurídicamente inexistentes y no tienen efecto alguno; son simples actos materiales que deben ser encausados como tales para obtener las consecuencias que son susceptibles de producir en el orden natural de las cosas sin que sea legítimo —cambio en dicho caso— imponerles efectos matrimoniales.



En el matrimonio in fraudem legis falta el indispensable consentimiento, serio y de buena fe, de los contrayentes, de modo que, sea por esa causa, sea porque falta la forma del acto por no haberse prestado el consentimiento ante el oficial público competente para ello, se está en presencia de un matrimonio inexistente, al que no es posible imputarle efectos jurídicos alguno.

Fuera del ámbito matrimonial, en cambio la doctrina ha observado escasa aceptación.

En el caso "Cabaleiro, Caser c/Garçon, Martín (J. A. 47-313) tratábase de una escritura que instrumentaba una garantía hipotecaria otorgada por una persona agonizante, carente de conocimiento, la Cámara Federal de Bahía Blanca anuló el acto porque, como dice el sumario: —4: nuestra ley no distingue entre actos nulos y actos inexistentes.

Más ampliamente, en el caso Bergada Dell'Acqua, Teresa c/Doutour Martorell, Angel G. J. F. (suc.) L. L. 50-877 en el sumario se escribe: "la escritura en la que ha mediado la sustitución de la persona de uno de los cónyuges, adolece de nulidad absoluta siendo inexistente el acto, por lo cual la nulidad existe de pleno derecho, incumbiendo al juez dar por comprobada esa nulidad. "Dice el Dr. Ravagnan en primera instancia: "nulidad: los actos que han dado motivo a esta acción indudablemente son nulos y de nulidad absoluta, dado que se trata de sustitución de personas y han configurado los delitos establecidos en el fallo de la justicia del crimen. Ahora bien, la nulidad absoluta debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte (art. 1047 inc. 1º) o comprobada o reconocida. Es que en los actos nulos, la nulidad es inmediata, el acto es inexistente ab-initio; como en ningún momento puede producir efecto no paralisa la actividad de los pleitos que conservan su libertad. La nulidad existe de pleno derecho. Pero como nadie puede hacerse justicia a sí mismo es necesario recurrir a los jueces quienes tienen por misión comprobar la nulidad.

Igualmente, en el sumario del fallo de la L. L. 74-598, leemos: "es nula la venta dispuesta por el marido, y realizada por el mandatario de un bien inmueble de pertenencia de la sociedad conyugal, si el mandato conferido por aquél a este efecto y la operación de compraventa tuvieron lugar después del fallecimiento de la esposa del enajenante".

Por excepción, en el caso "Grosso, José y otros c/Asociación Hermandad de la Misericordia (L. L. 79-579) se hace lugar a la acción; el sumario así lo dice: 1 - La contratación a nombre de un tercero, sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación, carece de valor alguno y no obliga al que lo hizo; se trata de un acto inexistente por ausencia del sujeto.

2 - La inexistencia del acto, por ausencia del sujeto, puede ser alegada por cualquier interesado en la inexistencia, aún por quien lo ha ejecutado

sabiendo o debiendo saber, el impedimento que obstaba al nacimiento del acto.

3 - La ineficacia del acto inexistente, por ausencia del sujeto no se suple con la confirmación del acto ni por prescripción empero procede su convalidación cuando se lo ratifica expresamente o se ejecuta el contrato.

Los Dres. Servini, Bagnasco, Demaria Massey y Caso Becchi, adhieren al pensamiento del primero de los nombrados, quien afirma: "La convalidación a nombre de un tercero sin estar autorizado por él, o sin tener por la ley su representación, carece de valor alguno y no obliga ni al que lo hizo, preceptúa el art. 1161 del código civil; he aquí que un acto en estas condiciones debe calificarse de inexistente por verdadera ausencia del sujeto.

Si el acto es inexistente, puede ser alegado por cualquier interesado en la inexistencia, aun por el que lo ha ejecutado sabiendo o debiendo saber el impedimento que obstaba al nacimiento del acto; su ineficacia es tal que no se suple con la confirmación del acto ni por prescripción. Pese a este rigorismo doctrinario el codificador permite la convalidación del acto art. 1161, 2º parte), cuando se lo ratifica expresamente, o se ejecuta el contrato. Lo cual nos está diciendo que, mientras la ratificación expresa no se produce, o no se ejecuta el contrato, el acto jurídico permanece en un estado de pendencia, falta de elemento del "factum", como expresa Von Thun, el negocio entonces es incompleto o inacabado y produce ineficacia jurídica cuando ese elemento que falta se suple o se cumple. Eso es lo que ocurre, según los hechos de la presente litis...

También la admite el Dr. Tobal al fundamentar su voto, en segunda instancia, en el caso "del Frade, Francisco c/Banco de la Nación Argentina y otros" (J. A. 53-115) que dice así: "como es acortio, en la doctrina se coloca en materia de nulidades otra categoría, la de los actos inexistentes. Son actos invalidados porque faltó en ellos un elemento esencial, que de concurrir hubiera podido darles existencia. Son como apariencias de actos, corporizados. Difieren del acto que se realiza con objeto prohibido (supuesto que nos interesa) porque en esta hipótesis, la invalidez de éstos depende sólo de la voluntad negativa de la ley que les resta eficacia, pero no de su inexistencia real. El acto existe, solo que la ley le priva de efectos jurídicos. Verdad es que a los actos nulos se los repasa como no acaecidos ni celebrados; pero ello no es más que una ficción, una manera de decir, que existen en los hechos, lo demuestra la circunstancia de que esos actos nulos, no obstante, la triple acción de ser, en principio, alegables por todo interesado, inconfirmables e imprescriptibles, producen consecuencias al menos con fines de indemnización, como el que se pretende en autos y le acuerda el juez al darle eficacia, no obstante que declare nula la compra, en virtud del interés de los terceros adquirentes".

Finalmente en el caso "Exploradora de Tierra del Fuego S. A. c/Gobierno nacional" (J. A. 68-445) la Corte Suprema fijó su posición, diciendo

en los considerandos: "lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se repara inexistente por falta de formas sustanciales no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden social, o carente de las formas indispensables, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. Y en el sumario se apuntaba: "... cuando después de dilucidadas las cuestiones de fondo que suscita, resultarán ciertos dichos vicios; tal acto debiera declararse nulo en absoluto e inexistente como subversivo del orden público.

Incluso, violáramos la doctrina de la cuasineexistencia en el caso de la C.N. Civ. Sala B: R., P (suc.) L. L. 92-520; y cuyo sumario dice:

La solicitud de que se declare la nulidad absoluta del segundo matrimonio celebrado por el marido en Méjico, en virtud de subsistir el primero conforme con la legislación argentina, debe limitarse a no reconocer su validez dentro del territorio de la República.

6 - El primer requisito para reconocer autoridad extraterritorial a toda sentencia, consiste en que el tribunal que la haya dictado se ajuste al derecho internacional privado, porque el poder para juzgar deriva de la soberanía y sólo éste puede obligar al actor y al demandado a someterse a juicio.

En el caso sub exámine siendo un hecho cierto que el matrimonio R-M tenía su domicilio conyugal constituido en nuestro país, ello determina la jurisdicción privativa de sus tribunales para conocer de la acción de divorcio que se quiere deducir, y por consiguiente, la sentencia que lo ha decretado "ad vinculum" recaída en el proceso iniciado por el marido en la República de Méjico *no puede considerarse con eficacia extraterritorial.*

De acuerdo al régimen doctrinario y legal analizado cumple apreciar la autoridad existencial de la sentencia extranjera que decreta el divorcio "ad vinculum" de un matrimonio domiciliado en el país, cuya fuerza ejecutoria invoca la parte apelante y con arreglo a la jurisdicción internacional legislada en el citado art. 104 de la ley de matrimonio civil, tal sentencia está desprovista de la autoridad extraterritorial, toda vez que es privativa de los tribunales de la República conocer en las demandas de divorcio de los matrimonios domiciliados en su territorio, con prescindencia de la ley por la que se ha de juzgar su validez o nulidad cuando se hayan celebrado

De acuerdo a esta interpretación... la sala debe limitarse, no a declarar la nulidad del segundo matrimonio del causante celebrado en el extranjero, sino simplemente no reconocer su validez, toda vez que carece de eficacia extraterritorial la sentencia de divorcio "ad vinculum" del primero.

Nosotros llamamos cuasineistente a lo que carece de efectos extraterritoriales sin que consideremos óbice a ello, la mera objeción terminológica de que "algo existe o no existe" pues que se trata de existir como acto jurídico o de no existir como tal; pudiendo ser, en ese caso, de los actos meramente lícitos de que habláramos antes.

Estos fallos revuelan, en cierta medida, cual es el estado de nuestra jurisprudencia; de ellos nos damos cuenta que la doctrina del acto inexistente preocupa a jueces y carnistas —haciendo, palpitar, en el mundo jurídico— ya que si no la consagra explícitamente, se sienten impelidos, obligados a combatirla. Tal vivencia nos permite confiar en que los frutos de esa renovación doctrinaria terminarán por abrirse paso en las sentencias judiciales, contribuyendo, así, a acercar y vincular más estrechamente la vida del derecho a la realidad de la vida.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- POTHIER - *Obras*, anotado por M. Bugnet-Marchand et Billard, París 1861.
- ZACHARIE. K. S. - *Le Droit civil Français* (comentado por Massé et Vergé), A. Durand, París 1834.
- AUBRY et RAU - *Cours de droit civil français* 4<sup>o</sup> ed. - Tome I<sup>o</sup>, Paris, Marchand et Billard, 1899.
- DEMOLAMBRE - *Cours de code Napoléon*, París 1860.
- BAUDRY-LACANTINIERE: *Précis de droit civil* - T. I y II, Sirey, París 1899.
- COLIN et CAPITANT: *Cours élémentaire de droit civil français* Dalloz, París T. I, 1913.
- FLANBOL, RIPERT et ESMEIN: *Traité pratique de droit français - Liberté générale de droit et de jurisprudence*, T. VI, París, 1930.
- GAUDEMET: *Théorie générale des obligations*-Recueil Sirey, París, 1917.
- MAZEAUD: *Leçons de derecho civil*, Ed. Jurídica Europa-América, Bs. As. 1960 (Trad. ALCALA Zamora y Castillo).
- MARTY et RAYNAUD: *Derecho civil*, T. I, Sirey, París, 1934.
- JAPIOT: *Des notions en matière d'actes juridiques*, París 1908.
- ENNECERUS, NIPPERDEY, KIPP y WOLFF: *Derecho Civil (P. Gral.)* T. I, Vol. 2; Bosch Ed. Barcelona 1933 (Trad. F. González y Alger).  
BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 3<sup>a</sup> Ed. Ed. Revista de Deho. Privado - Madrid, 1959.
- SCIALOJA: *El negocio jurídico* Ed. de la Gaceta, Sevilla, 1942. Trad. Polmaner e Irujo.
- MESNIO: *Manuel de Deho. civil y comercial*, T. II, Ed. Jurídica Europa-América, Bs. As. (Trad. S. Serris Méndez).
- SEGOVIA: *El código civil de la República Argentina... Librería y editorial de la Facultad*, Bs. As. 1933.
- SALVAT: *Treatado de Deho. Civil Argentino (P. Gral.)* T. II, T.E.A., Bs. As. 1939 Arc. Numero del Pando.
- LAFAILLE: *Curs de derecho civil (Deho. de Familia)*. Biblioteca jurídica argentina, Bs. As 1930.

- ETCHEVERRY BOMBO: Curso de derecho civil (P. Gral.) Biblioteca Jurídica Argentina, Bs. As. 1942.
- CASTIGLIONE: Nulidad de los actos jurídicos, Lausanne, Bs. As. 1936.
- SPOTA: Tratado de derecho civil (P. Gral.) T. I, vol. 36 (8) Depalma Bs. As. 1947.
- BUTLER: Nulidad e inexistencia L. L. 104, 883.
- LIERENA: Concordancia y contrariedad del código civil argentino, T. IV, 116. y Edit. La Facultad, B. A. 1931.
- MACHADO, Exposición y comentario del código civil argentino T. III, Fajonase Bs. As. 1899.
- NIETO BLANC: Inexistencia y nulidad L. L. 94-906.
- MOYANO: Efectos de la nulidad de los actos jurídicos. Bs. As. 1932. Cía. Impresora Argentina.
- BORDA: Tratado de derecho civil argentino. P. Gral. T. II, 3ª Ed. Perrot 1939 Bs. As.
- LLAMBIAS: Tratado de derecho civil. P. Gral. T. II-1. Ed. Perrot. 1961. Bs. As.
- BOFFI BOGGERO: Estudios jurídicos. 1ª serie, Coop. C.D.C.S. Bs. As. 1960.
- BOFFI BOGGERO: Teoría General del hecho jurídico. Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1942.
- LAGOMARSINO: Los supuestos de la inexistencia en nuestro derecho civil argentino, L. L. Agosto 19 de 1964.
- BIDART CAMPOS: El matrimonio inexistente, J. A. 1958. II 520.
- IMAZ: Teoría del acto inexistente. L. L. marzo II de 1958.
- LOPEZ OLACIREGUI: De la nulidad de los actos jurídicos — Lecciones y Ensayos— 1ª y 2ª partes. M.ros. 17 y 19, 1960 y 1961 respect.
- LLAMBIAS: Vigencia de la teoría del acto jurídico inexistente, Revista Facultad de Derecho, año III, Nº II. Bs. As.
- LLAMBIAS: Diferencia entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos. L. L. 90, 890.
- LLAMBIAS: Efectos de la nulidad y de la anulación de los actos jurídicos, Ed. Arca, Bs. As. 1953.
- MOLINARIO: De los nuevos supuestos de inexistencia matrimonial, L. L. 108, 1059.



## TEXTOS





## LEGISLACION SOBRE NOMBRE

### DECRETO N° 11.609. DE OCTUBRE 13 DE 1943.

Art. 1°. Las oficinas de Registro Civil o los encargados de sus funciones en todo el territorio de la República, no inscribirán personas con nombres que no sean expresados en idioma nacional, o que no figuren en el calendario o que no sean de próceres de nuestra independencia.

Art. 2°. En consecuencia, sólo se admitirá la inscripción de nombres en idioma castellano o aquellos que el uso haya castellanizado, como así también voces o palabras indígenas incorporadas al idioma nacional.

Art. 3°. No se impondrán nombres que no correspondan al sexo de las personas.

Art. 4°. No podrán inscribirse nombres que signifiquen o expresen tendencias ideológicas o políticas como tampoco nombres ridículos o extravagantes o contrarios a las buenas costumbres.

Art. 5°. Queda prohibido inscribir como nombre cualquier apellido.

### DECRETO N° 410 DEL 7 DE ENERO DE 1946.

Art. 1°. Establécese que la prohibición de inscribir en los Registros Civiles nombres extranjeros, a que se refiere el decreto N° 11.609, de octubre 13 de 1943, no comprende a los hijos de funcionarios y empleados de las representaciones diplomáticas acreditados ante la República, o de Cónsules de países extranjeros.

### LEY N° 14.367.

Art. 6°. Los hijos reconocidos voluntariamente o los declarados tales por decisión judicial usando el apellido del autor de ese reconocimiento o del progenitor declarado por la sentencia. Si el padre y la madre estuvieran en tal caso, corresponderá usar el apellido de quien primeramente se encontrara en el supuesto indicado; pero el hijo podrá sustituir el apellido materno por el paterno, o anechar éste a aquel, cuando la paternidad resultase acreditada con posterioridad a la maternidad.

### LEY N° 14.386

#### *Del apellido del nacido*

Art. 40. En los actas de nacimientos de hijos matrimoniales se consignará, como apellido del nacido, el primero del padre. Si éste fuera con-

puesto o se quisiese agregar el de la madre, el declarante lo deberá manifestar expresamente ante el funcionario correspondiente, quien dejará la debida constancia en el asiento. De este derecho podrá usar el interesado desde los 18 años.

Art. 41. Los hijos extramatrimoniales llevarán el apellido del progenitor que los reconozca.

Cuando lo fuere por ambos, separada o simultáneamente, se impondrá al nacido el primer apellido del padre, pudiendo procederse en la forma indicada en el artículo anterior, a los fines señalados en el mismo.

Art. 42. En los casos de hijos extramatrimoniales, que no fueren reconocidos por ninguno de sus padres o tratándose de expósitos, el funcionario correspondiente impondrá al nacido un nombre y un apellido común. Cuando medie un reconocimiento posterior el apellido podrá modificarse, a requerimiento del interesado o de su representante legal, por resolución de la dirección del Registro Civil. En caso de que ésa fuese denegatoria podrá recurrir ante los tribunales.

Art. 43. El jefe del Registro Civil no podrá asentar en las actas de nacimiento nombres que, a su juicio, sean extravagantes, ridículos o impropios de personas, debiendo oponerse asimismo a que se convierta en nombres los apellidos o que se dé nombres de varón a una mujer o viceversa. La resolución denegatoria podrá ser recurrida ante los tribunales.

#### LEY N° 13.232.

##### *Establecimiento de normas para la adopción*

Art. 13. La adopción impone al adoptado el apellido del adoptante, sin perjuicio de que agregue el suyo propio.

---

## RECONOCIMIENTO DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Decreto ley 8204 del 27 de noviembre de 1963.

### *Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas*

Art. 37 al 42, sobre reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

Art. 37. Todo reconocimiento se registrará extendiéndose la inscripción con los requisitos prescritos en el art. 32, consignándose notas de referencia en la misma y en la del nacimiento. En caso de imposibilidad de los interesados para concurrir al Registro, se podrá inscribir el reconocimiento en el lugar donde ellos se encuentren.

Art. 38. Si el nacimiento no estuviera registrado, el oficial público comunicará el reconocimiento dentro de los diez días hábiles, a la Dirección General, a los efectos del art. 75.

Art. 39. Los jueces y los escribanos ante quienes se hicieren reconocimientos, remitirán a la Dirección General dentro del término de diez días hábiles, para su inscripción, copia de los documentos pertinentes.

Art. 40. En caso de reconocimiento sucesivos de una misma persona por presuntos progenitores de un mismo sexo, las notas de referencia posteriores a la primera no se registrarán en las inscripciones del nacimiento, dándose intervención a la autoridad judicial competente y haciéndose saber a las partes interesadas la resolución adoptada.

Art. 41. No podrán reconocer hijos aquellas personas que a la fecha del nacimiento del que se va a reconocer no hubieran tenido la edad requerida para contraer matrimonio, salvo la mujer cuando demuestre fehacientemente haber dado a luz al que pretende reconocer y el varón, cuando una orden judicial lo autorice.

Art. 42. No podrá otorgarse constancia de los reconocimientos en forma aislada, salvo a pedido de autoridad competente.



## LIBROS Y REVISTAS

En este trabajo, dividido en tres partes, el autor analiza los problemas derivados del uso del lenguaje natural y de falta de univocidad; su extensión al ámbito jurídico, con las consiguientes dificultades interpretativas y los desacuerdos producidos entre los clásicos del derecho.

En la primera parte, el Dr. Carrío explicita la variedad de usos y sentidos de las palabras y frases en el lenguaje común (descripción, expresión emotiva, motivación de conducta, uso operativo). También se refiere a la ambigüedad de numerosos vocablos (por ej.: "radio" y "juego") y a la vaguedad de otros ("joven", "calvo", "león" o "marin" o "dentí"). Por último, trata de la tercera abierta del lenguaje, significando ello que el conjunto de voces que pueden agotar el contenido de un concepto no se hallan precisamente determinadas.

Ya en la segunda parte, de enfoques jurídicos — "Sobre la interpretación en el Derecho" — desarrolla la tesis de que las normas jurídicas se valen en gran medida del lenguaje natural. Rebatir la opinión de Soler (en "La Interpretación de la ley") de que los conceptos jurídicos guardan con los matemáticos una relación de semejanza, considerando ésta en que ambos tienen en común hipótesis fundamentales y una cantidad de elementos necesarios. Se basa el autor en que, en la connotación de los conceptos jurídicos hay "zonas" de pe-

numbrar — cantidad necesaria en el juicio para que haya congruencia y no donación, contratos atípicos, locación de obra o de servicios, deficiencias legales que requieren la contribución del lenguaje natural, etc.), las cuales impiden que el orden jurídico constituya un todo herméutico, dotado de finitud lógica. Alude tangencialmente al problema de las "lagunas" en el derecho y se ocupa el principio de clausura ("todo lo no prohibido está jurídicamente permitido"). Crítica la posición formalista, y se cita a Soler en su "Interpretación de la ley", que exhibe el derecho como un sistema cerrado, con vida propia, cuya evolución se rige por los juristas, siendo la sola función del intérprete el descubrimiento de la regla general destinada a resolver el caso particular; esta tesis es también defendida por Anania y la *Rechtsschule* jurídica alemana. También rebata el autor a la doctrina emitida con sus variantes norteamericanas (Pound, Cardozo) o escandinavas (Olefinas) que asimila el derecho, ya a la labor de los jueces, ya a la realidad psicológica creada por las normas.

En la tercera parte, luego de referirse a distintos tipos de desacuerdo entre juristas (equivocos verbales; sobre proposiciones analíticas; clasificaciones, categorías jurídicas o discrepancias valorativas) examina los elementos lógicos que dividen los argumentos en tanto a la polémica sobre el *ius cogens* crea derecho. Realiza un análisis ge-

matikal de esas palabras (jures, creación y derecho) para concluir que los jures en ciertas circunstancias dicen normas generales y agrega que esto no es en verdad el objeto de la política (poiesis, como no lo es la admisión), sino que el punto de divergencia está en la opción valorativa de si los jures deben o no crear derecho, siendo la misma un desahucio de *epistémé*, no un problema descriptivo de la real función de los jures.

Nos permitimos discrepar con esta conclusión del autor, por cuanto imperaría desplazar al campo ontológico la cuestión objeto de la política que creemos debe circunscribirse a estos términos: dentro de un orden jurídico determinado —en nuestro país con prelación de la ley escrita— ¿cumplen los jures una función creativa de de-

recho al resolver contra el mandato de la ley o al incorporar formalmente? Y, en caso afirmativo, ¿qué es lo hecho? La presentación de la polémica como una simple alternativa de valores conduciría a reunir elementos jurídicos a la cuestión y llevarla a un terreno especulativo peligrosamente teórico.

En un Apéndice y a través de lo enunciado en diversos párrafos, menciona el presentador de distintos autores como Austin, Bâton, Hobbes, Bentley, Locke, Rom. Mill, Razel, Hart, Basso, Finkel, etc.

La publicación de ciento treinta y dos páginas está dotada de precisión y claridad, siendo útil para todo estudiante de nuestra disciplina.

Ricardo R. Balestra.

**FEDRO UGARTECHE, Educación Diplomática Antigua y Moderna. Editado por EMECE, Buenos Aires, 1964.**

Profundo conocedor de la ciencia y arte de la diplomacia, el A. hasta hace poco tiempo embajador de la hermana República del Perú en nuestro país nos brinda, en breves y variadas páginas, no sólo un completo e informado "Panorama de la literatura diplomática", sino también una interesante ponencia presentada por él al IVº Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Con la autoridad que le otorga una intensa actividad en el servicio exterior de su país y sus vastos conocimientos de Derecho Internacional, el A. de los fundamentales fundamentos que, a su juicio, deben guiar las actividades diplomáticas, más aun el motivo de la obra que nos ocupa y hacia ellas UGARTECHE vuelve

todos sus conocimientos y todo su interés.

En la primera parte, ya mencionada, nos presenta la evolución histórica de la literatura diplomática desde el siglo XV hasta nuestros días. Divide su desarrollo en tres etapas: a) desde sus orígenes hasta la aparición de la obra de Grocio; b) desde 1625 —año en que fue publicado "De Jure belli ac pacis"—hasta el estallido de la Primera Guerra mundial; y c) desde el Tratado de Versalles hasta nuestros días.

En la primera época los escritores se dedican a discutir principios fundamentales tales como el derecho de legación, clases de embajadas, la ficción de la extraterritorialidad, la inviolabilidad de

los representantes diplomáticos en caso de guerra, etc. Los del segundo período dan preponderancia al estudio de las condiciones personales de los diplomáticos, su educación, ceremonial, precedencia, atenciones y obsequios, seguridad de su correspondencia, organización interna de los embajadas, instrucciones y memoria.

Después de la Primera Guerra, ya la preocupación de los estudios realistas se extiende en interés hacia nuevas temas y campos más amplios, como son las relaciones de la diplomacia con la política, la economía, la cultura, la defensa nacional y la evolución sufrida por ella debido a las nuevas técnicas y al progreso. "La importancia de la literatura diplomática aumenta cada día... un mismo pensamiento domina a sus autores: hacer resaltar la importancia y la utilidad de la diplomacia y la conveniencia que para los países tiene el poseer un excelente servicio diplomático permanente, por razones de dignidad y de interés, de prestigio y de seguridad" (pág. 16). Completan esta primera parte otras temas muy interesantes. En "Para una guía de la literatura diplomática de nuestro tiempo" ofrece una actualizada bibliografía de las obras más importantes del Derecho Internacional, glorando las que considera fundamentales para el desarrollo y adelanto del quehacer diplomático.

"La Literatura Diplomática nació en la Edad Media..." (pág. 11), nos dice UGARTECHE. Distinguido en cuanto al aumento de su origen, ISIDORO RUIZ MORENO ("El Derecho Internacional Público antes de la Era Cristiana", Bo. An., 1946) demuestra, a nuestro juicio, definitivamente, que "El Derecho Internacional Público es antiquísimo, y remonta a las primeras civi-

lizaciónes, existió en todas las épocas, en todos los Continentes; existió, no sólo como hechos e instituciones concretas, sino como derecho, como campo de doctrinas y prácticas regladas" (pág. 10). Entre esas prácticas de las que nos habla nuestro estadista, figura las diplomáticas. No toda la literatura diplomática es la que figura en los manuales dedicados al tema; existen normas y costumbres en campos legales —el Código de Manú entre otros— y referencias al respecto en obras de otro carácter —en la Biblia, la Odisea; en Heródoto, Petibio—. No olvidamos tampoco que en Grecia y Roma la institución de los agentes diplomáticos tuvo una gran importancia. En la India los diplomáticos podían ser de cuatro categorías: embajadores, ministros extraordinarios y plenipotenciarios, encargados de negocios y personal de la misión; además, que como lo señala RUIZ MORENO "con excepción de la categoría de ministros residentes, que la clasificación hindú no trata, ésta coincide con la que, desde el Congreso de Viena... rige en el mundo diplomático de todos los Estados del mundo" (pág. 125). Incluso en nuestra América, los enviados diplomáticos acudían en todas partes, en grandes empeños y en simples tribas. Salieron finalmente, tal como sucede actualmente, que la inevitabilidad de los enviados fue respetada escrupulosamente en todas las épocas y se conocen numerosos casos en que al ser violada aquella se castigó severamente a los responsables.

Completa la obra la ponencia mencionada al comienzo, donde el A. sugiere la creación de lo que llama "Academia Diplomática y Aula Internacional", como medio de proporcionar al diplomático moderno un mayor conocimiento de los nuevos problemas que se plantean en el mundo contemporáneo.



su objetivo principal sería "... la selección, educación y preparación técnica de los jóvenes que aspiran a servir a su país en la carrera diplomática, que constituya carrera pública en todas las delegaciones y que es una de las funciones públicas más importantes de nuestro tiempo" (pág. 83). Su organización, planes de estudio, condiciones de ingreso, enseñanza, cursos de preparación y perfeccionamiento son perfectamente planteados y estudiados por el A. Cabe hacer notar que, en mérito a sus valores, este proyecto ha sido oficialmente adop-

tado en el Perú y encargada su dirección al Dr. UGARTECHE.

Innumerosos libros, de un verdadero y serio estudio de los problemas de su carrera y del Derecho Internacional; asimismo permite apreciar que UGARTECHE ha de aplicar a su propia actividad la máxima, que cita, de Juan Cambón: "La política exterior no es cuestión de sentimientos; su objeto es acomodar los hechos accidentales a las leyes permanentes que presiden los destinos de las Naciones".

Alberto Carlos D'Almeida.

### JOSÉ LUIS DE IMAZ, "Los que mandan", Ed. EUDEBA.

Un razonable tiempo editorial ha convalidado a este joven profesor de la Universidad Católica en el centro del comentario bibliográfico de los últimos tiempos.

Imaz analiza los grupos dirigentes de nuestro país en un período de 25 años (1896-1961), abarcando en el mismo a la Iglesia, las Fuerzas Armadas, Sindicatos, partidos políticos, la Sociedad Rural, los grupos empresarios, etc., con lo que se configura un amplio cuadro de la realidad social argentina.

Como criterio analítico toma en cuenta lo que denomina las "posiciones institucionalizadas", es decir, las posiciones que ocupan una serie de individuos que pasan a formar ipso facto una élite dirigente.

Ducha, por otra parte, la posibilidad de que se puedan establecer entre las diversas élites de poder jerárquicas, siguiendo a Michels, en la concepción de un estudio funcional en la elección de las mismas.

Otra de las premisas metodológicas del autor es la forma endógena de situar los acontecimientos, es decir, esdoyendo los elementos externos que padecían afuera el esquema, los que sin embargo, da por implícitos, ya que los considera presentes "en la mente del lector", reconocimiento a todas luces evidente, ya que la guerra ideológica mundial es a veces elemento esencial para la comprensión de fenómenos políticos internos.

También quedan fuera de la obra ciertos grupos como el Poder Judicial, el que no posee poder sustancial a criterio del autor, y al que sólo le reconocen carácter de refugio de una clase social determinada. En cuanto a los intelectuales considera que sólo adoptan posiciones ideológicas fónicas y que "cuentan poco" en definitiva.

Se caracterizan por su profundidad, especialmente los capítulos dedicados a la Sociedad Rural y a las FF. AA., como asimismo los referentes a los cuerpos ejecutivos nacionales. Esta profundidad del análisis, sin embargo, a nuestro jai-

cio, no es similar en toda la obra, ya que por ejemplo, el dedicado a la Iglesia hubiera sido susceptible de un más simple análisis acorde con la importancia que la misma ha tenido en la historia argentina.

Es de hacer notar, por otra parte, que la objetividad no es un elemento siempre presente, ya que las valoraciones constantes e sucesivamente diles con ciertas matras varios parágrafos del libro (la recomendación que hace a los civiles para comprender la mentalidad militar, como, sobre el mismo tema, las justificaciones de los golpes militares).

Las citas estadísticas tienen como fuente la misma y, a veces, discutida bibliografía sobre el tema (caso de los datos tomados de "La burguesía terrateniente", de Jacinto Colonna), y, por otra parte, la labor monográfica valiosísima de los estudiantes del Departamento de Sociología de la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires: es arduísima su cita y precisa.

Un dato interesante e ilustrativo, aunque no constituye motivo de asombro es el referente a la posición privilegiada que los abogados ocupan entre las demás profesiones en lo que respecta a actividades políticas, agropetarias y sectores industriales, lo que lleva a afirmar al autor de que la Sala de Profesio-

nes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires es una verdadera "autonoma de ministerios".

Tampoco escapa al autor un tema un analista en tanto más crítico como que quizás podría haber sido objeto de el referente a los discriminados "poderosa intermedios", aplicable a personas o grupos de personas que sin ocupar posiciones institucionales de primer orden, poseen, sin embargo, una parte tan importante del poder político que les da una voluntad a veces omnipotente sobre hombres y cosas (casos de Eya Pruda y Fúgeria, con las diferencias naturales del caso, pero con una misma esencia en cuanto objeto de dicho análisis).

El autor concluye estudiando el problema de vacio de dita dirigencia que sufre nuestro país, y señalando que la actual generación comprendida entre los 20 y 30 años de edad, tiene en su mano una responsabilidad que la hacen le imponer...

En definitiva la gran virtud del Libro de Linaz es la de llevar en forma accesible, de la que no escapa el rigor científico, al gran público, un tema de suma actualidad permitiendo llegar a elementos indispensables para una toma de conciencia de la realidad nacional.

Tullio Eduardo Ortíz.

#### FOTOCOPIAS

El Departamento de Publicaciones, por intermedio del Instituto Bibliotecológico de la Universidad Nacional de Buenos Aires, suministrará, por cuenta de quien lo solicita, fotocopias de cualquier artículo publicado por esta Revista.

Las intenciones deberán dirigirse al Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Avda. Figueroa Alcorta 2263, Capital Federal.



*Dirección y Administración:* DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES - Av. Figueroa Alcorta 2263 - BUENOS AIRES  
REPÚBLICA ARGENTINA

**Precio del ejemplar \$ 30.—**