

## SUPERVIVENCIA Y PERDURABILIDAD DEL CODIGO CIVIL \*

### Sumario:

- I. Metodología: por ARTURO ANÍBAL ALTERINI.
- II. Parte General: por NELSON J. LÓPEZ DEL CARRIL.
- III. Obligaciones: por ROBERTO ENRIQUE GARCÍA.
- IV. Contratos: por JOSÉ MARÍA GARRALDE.
- V. Derechos Reales: por MARÍA CÉSAR HERRIGOMARÍN.
- VI. Sucesiones: por JOSÉ MAFFIA.
- VII. Derecho de Familia: por AUGUSTO CÉSAR BELLERICH.

Dijo el Dr. ALTERINI\*\* sobre "La Metodología del Código Civil como aspecto de su técnica interna":

Cuando el decreto del 20 de octubre de 1864 le confió la tarea de redactar el Proyecto de Código Civil, Dalmacio Vélez Sarsfield ha debido comenzar por tratarse el método que aquél seguiría. Allá en su quinta de la calle Rivadavia, en Floresta, tenía a la vista diversos precedentes. Según el testimonio del Catálogo de su Biblioteca, que conserva la Universidad Nacional de Córdoba, a su muerte quedaron en ella los Códigos francés, chileno, sardo, la consolidación rusa, el italiano de 1865 concordado con los Códigos Albertino y francés, y el uruguayo de 1868. Allí estaban, también, las concordancias de Goyena, el Proyecto de Acevedo, el esbozo de Freitas, la Instituta de Gayo, el Corpus Iurus, el Tratado de Savigny, las leyes civiles en su orden natural de Domat, los once tomos de las Oeuvres de Pothier. Pero —ha señalado con acierto Enrique Martínez al prologar la

\* Conferencia pronunciada en la Asociación de Abogados de Buenos Aires, el 26 de agosto de 1968, organizada por el Instituto Bibliográfico y Jurisprudencial de dicha institución. El Dr. Carlos Luis Colombo fue el encargado de la presentación de los concurrentes, quienes se encargaron de analizar la permanencia de la obra de Vélez en las diversas ramas del Derecho Civil. Agradecemos al Instituto Bibliográfico y Jurisprudencial la autorización concedida para la publicación de lo expresado por los oradores.

\*\* Profesor adjunto (I) de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

publicación de ese Catálogo— no todos los libros utilizados para la composición del Código se incluyeron en dicha Biblioteca.

Muy probablemente Vélez haya usado también las Concordancias de Antoine de Saint Joseph, como lo hizo al elaborar, con Acevedo, el Código de comercio. En las aludidas concordancias aparecen, entre otros, los Códigos de Luisiana, de Holanda, del Ducado de Parma, de los Cantones suizos, de Prusia, aunque éste muy incompleto.

Esos precedentes ofrecían a Vélez dos líneas metodológicas definidas. Una, nacida de las Institutas, plasmada en el Código francés, y difundida por éste; otra, proveniente de Savigny, que cristalizó en el Esbozo de Freitas.

El Codificador, en la nota de remisión del primero de los libros del Código, señaló particularmente su preocupación por el método. Y esta preocupación es por entero justificada. Método significa camino a seguir, y el trazado de un camino en la formación de la norma legal conduce a los resultados más propicios: agrupa las instituciones, demuestra qué es lo general y qué lo particular, permite así caracterizar las figuras por género próximo y diferencia específica, favorece la función docente de la norma jurídica, hace —en fin— lucir el todo con el esplendor del equilibrio. Científicamente no puede haber duda acerca de la virtualidad positiva del método adecuado, de manera que las opiniones adversas deben justificarse sólo en cuanto están condicionadas por alguna circunstancia particular del autor; el panegirismo de Planiol respecto del Código francés, el método exegético según el artículado que siguió para su exposición Machado, el anticiparse a críticas posibles por parte de Biliboni.

En esa nota de remisión Vélez dijo haber debido proscribir, por absolutamente defectuoso, el método de las Institutas y de los Códigos chileno y francés, y haberse orientado, en cambio, por el del Esbozo de Freitas. Mas esto no es del todo exacto. Es cierto que el Código francés presenta un inaudito libro III —“De las diferentes maneras como se adquiere la propiedad”— en el que se agrupan las figuras como en un desordenado cajón de sastre que, por las sorpresas que presenta, es más bien un enorme bolsillo de payaso que insume más de dos terceras partes del total de su artículado. Pero no lo es menos que el Esbozo elaboró, con precisión, una parte general que fue continente de la regulación de las personas, las cosas y los hechos. Parte general que no luce definitivamente en el Código argentino. Dogmáticamente se la puede estructurar con elementos de la 1ª sección del Lº I, del título 1º del Lº III, y de la sección 2ª del Lº II, aunque el primer Libro de Vélez, hasta en la denominación, se corresponde con el de las Institutas y el Código francés; en realidad Freitas lo influyó, metodológicamente, en la separación —no lograda por entero— del tratamiento de las obligaciones y de sus fuentes, en

la estructura de una sección dedicada a hechos y actos jurídicos, en algunas denominaciones.

El armado de una Parte general perfectamente definida, que agrupe los elementos de cualquier relación jurídica, adecúa al logro de un método idóneo. Así como no hay ciencia de lo particular, el Código no puede limitarse a un inorgánico apilamiento de casos. Desde que la hermenéutica jurídica presupone el discreto juego de la regla y la excepción, de lo general y lo particular, es conveniente sentar los principios de validez universal y, en su momento, delimitar los supuestos en que se dejan de lado o modifican; esto, no sólo en cuanto a la totalidad de la materia de un Código, sino en lo relativo a cada una de las instituciones que contempla: debe haber reglas generales, por ejemplo, a todos los actos jurídicos, modificadas y completadas por reglas generales a los contratos y éstas, a su vez, por normas típicas a cada una de las figuras respectivas. La parte general constituye la esencia de un Código, denota su filosofía, permite conocer el todo a través de sus partes.

El Código, pues, no incluyó una definida Parte general, pero mejoró, y mucho, al precedente francés. Fue un acto de valentía de Vélez apartarse del método napoleónico, que le terminó por valer la injusta crítica de Alberdi de haber seguido a un oscuro jurista brasileño. Quizás haya sido tibia su convicción acerca de la bondad del método de Freitas, pero en perspectiva histórica el país debe agradecerle que, aun con moderado sacrificio de la técnica, haya brindado a Sudamérica la mejor legislación civil del siglo XIX. La perspectiva del tiempo es imprescindible para juzgar de los hechos y de las obras; los años sesenta de ese siglo, cabe recordar aquí cien años después, fueron los de la última época de Isabel II en España, los de Serrano y la consiguiente Constitución; los de Disraeli en Inglaterra; los de las operaciones garibaldinas en Italia; los de la etapa final del 2º Imperio de Napoleón III en Francia, y el fustigamiento de Maximiliano de Habsburgo en México. En ese entonces terminaba la guerra de Secesión de los Estados Unidos, se desarrollaba nuestra guerra con Paraguay y, casi con la conclusión del Proyecto de Vélez, Fernando de Lesseps coronaba lo que se consideró conquista máxima de la técnica de entonces: el Canal de Suez.

Esa perspectiva temporal quizás explique por qué no hay, en el Código argentino, una Parte general, y justifica la omisión. La hay, es cierto, en el Código alemán del 1900, en los Códigos brasileño de 1916, soviético, japonés, turco, chino, portugués de 1966, también en el Anteproyecto de Biliboni —aunque incluyendo indebidamente en aquel Libro el Derecho de familia—, en el Proyecto de 1936, en el Anteproyecto de 1954. Pero no la tienen los Códigos suizo de 1907, federal mejicano de 1928, peruano de 1936, italiano y venezolano de 1942, ni el Proyecto francés

de 1964, ni el Anteproyecto elaborado por De Gáspari para el Paraguay, concluido en 1964, que —acotamos al margen— olvida tratar la regulación de las cosas. El forjado de una Parte general es, así, sólo una tendencia en Derecho comparado, pero no puede afirmarse que tal sea la tendencia dominante en las codificaciones de este siglo.

El método constituye una parte de la técnica interna del Código, esto es la concepción de las ideas jurídicas que reciben forma de preceptos dispositivos (Colmo, "Técnica legislativa del Código civil argentino", ed. 1961, pág. 37). Queda de lado la técnica externa, que versa sobre el modo en que un Código se elabora y sanciona. Y la técnica interna del Código Civil, analizada objetivamente, es buena para su tiempo y enlaza metodológicamente en una de las inclinaciones del Derecho comparado, aún mantenida. Más allá de la desubicación de preceptos, de repeticiones o desarmonías, de barbarismos o puntuaciones, el Codificador merece por ella el juicio favorable; hasta Colmo, crítico incisivo y vehemente, reconoce en él una excelente obra (pág. 352), poca Vélez "con medios reducidos ha sabido dar al país un Código que lo honra y que nos honra" (pág. 357).

El método del Código ha permanecido inclumbe a pesar de las múltiples leyes que lo han modificado en el curso de los años. La primera modificación trascendente, producto de la ley 2303 de matrimonio civil, mandó en su art. 118 que en la próxima edición oficial se la incorporara en su lugar apropiado "arreglando la numeración que correspondía a los artículos", disposición que no se ha cumplido. La ley 11.077 (art. 3) ordenó que sus normas se incorporasen "al título correspondiente del Código Civil —Extinción de las obligaciones—", mandato de imposible realización pues el Código no tiene título alguno que así se denomine, ya que tal es la designación de la 2ª parte del Lº II, sección 1ª. La reciente ley 17.711, que en los 167 incisos de su art. 1º modifica, deroga o subroga preceptos del Código de Vélez, se limita —en cuanto al método— a adecuar al nuevo contenido la denominación del título X del Lº I, sección 1ª ("De los dementes e inhabilitados"), sin perjuicio de que sea objetable la ubicación de algunas nuevas regulaciones, como la del art. 686 bis relativo a las astreintes, o la prescripción quinquenal que contempla el nuevo art. 954 cuyo lugar debió ser el art. 4027.

Pero esta ley, por contraste, resalta los méritos de Vélez. Sobre todo porque los años sesentas del siglo XX son bien distintos que los del siglo XIX, y la ley de 1968 hasta parece a veces impermeable a la técnica jurídica. Hay en ella errores conceptuales, o graves ligerezas, que, cómoda pero injustificadamente, la ley 17.940 cargó luego a la culpa del tipógrafo: la prescriptibilidad de la acción por declaración de nulidad absoluta que previó el art. 4023; la mención de compra ventas a título oneroso —como

si pudiera haberlas a otro título— que contuvo el art. 1185 bis; la interrupción de la prescripción, mentada al final del art. 3986 a la par que consagraba meramente la suspensión de ella; el art. 2488 que resultaba protegiendo al poseedor de cosas muebles robadas o perdidas. Compárense estos errores, de concepto o producto de ligereza en la elaboración, con las auténticas erratas que se han achacado a Vélez: el sarandado no del art. 521, subrepticamente introducido sin razón ni justificativo algunos, y que cierta doctrina ha querido ver como componente de la norma legal reemplazada; la criticada estrechez del art. 519 que, en realidad, y según surge de los borradores del Código, quiso aludir a la inexecución de la obligación "al tiempo debido", y no "a debido tiempo" como en él se lee; la "inenajenabilidad" de la deuda que monta el art. 3186, que debe leerse "inexigibilidad".

La ley 17.711 despedaza al Derecho de fondo en el inconstitucional art. 622, que sujeta a intereses sancionatorios el —y sólo si— "las leyes de procedimiento no previeren sanciones", con un criterio inconsecuente que no se repite al regular las astreintes en el art. 666 bis, pese a que ambas versan sobre sujetos procesales recalcitrantes. Esa ley deja dos artículos sucesivos, el 3410 y el 3412 —derogado como está el 3411—, disponiendo todo lo contrario respecto del modo de entrar el cónyuge en la posesión de la herencia; hace que el nuevo art. 134 se superponga parcialmente con el art. 2011, inc. 1ª, y esté en abierta desarmonía de criterio con el art. 1440; hace que el nuevo art. 1061 enfrente a un sistema adverso, que no se ha ajustado a la nueva pauta; modifica el art. 2505 en cuanto al perfeccionamiento de la adquisición o transmisión de derechos reales inmobiliarios, tan oscuramente que ha menester de que la ley 17.801, arts. 2 y 20, se apresure a aclarar su sentido, y deja incólume, por ejemplo, el art. 394 que dispone otra solución. Esa ley omite adecuar los arts. 306 y 455 a lo que preceptúa el nuevo art. 131; superpone parcialmente el nuevo dispositivo del art. 3569 bis al del art. 36 de la ley 16.272; que permanece inalterado, etc., etc. Y quedé aparte, ex profeso, el análisis de su contenido, que es en general plausible en lo que no innova, pues condensa soluciones comunes de la jurisprudencia, pero es criticable en mucho de lo que tiene de original. Ni lo bueno es allí original, ni lo original es siempre bueno.

Vélez Sarsfield, con el Código Civil, superó a su tiempo y a su medio, concretando en esa obra que —como las de arte— se vuelve más valiosa con el trascurso de los años, la expectativa de un país que le debía también, en su medida, el primer Código mercantil. La reforma de 1968, en cambio, no ha estado técnicamente a la altura de los tiempos, ni de la cultura jurídica argentina, ni de la ciencia de quienes la elaboraron. Es como un hijo pródigo al que debe instarse a que ajuste a las pautas que corres-

ponden con una urgente adecuación, porque si bien esto significará el espectáculo de la falta de consecuencia en el criterio legislativo, servirá cuando menos para que no se vaya a juzgar por ese fruto el robusto árbol del pensamiento jurídico nacional. No ha de olvidarse que —como decía Portalis— el dictado de la ley es, antes bien que un acto de autoridad, un sacerdocio.

Vélez Sarsfield preparó, en casi cinco años, el Proyecto de Código Civil que el Congreso aprobaría "a libro cerrado pero a ojos abiertos" —en la expresión de Sarmiento—, luego de formular y reformular borradores que revisó, corrigió e interlineó una y otra vez. Sólo fue enviado a imprentas, y tal se sancionó como ley de la Nación, el proyecto definitivo. Desafortunadamente, y en contraposición, muchas leyes, y la 17.711 en algunas partes, parecen meros borradores que, incomprensiblemente, son publicados por el "Boletín Oficial" y se convierten así en preceptos normativos de aplicación obligatoria.

\*  
\* \* \*

Dijo el Dr. LÓPEZ DEL CARRIL: \*

Hemos elegido dentro de la PARTE GENERAL del Derecho Civil el tema de la "Lesión Subjetiva", pues es en este punto donde claramente se advierte la perdurabilidad y supervivencia de las ideas del Codificador frente a la reciente reforma establecida por la ley 17.711.

La citada norma sustituyó el artículo 954 del Código Civil por el siguiente texto: "Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación. También podrá demandarse la nulidad o modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ella una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso notable de desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Sólo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda".

\* Profesor Adjunto (I) de Derecho Civil I

La filiación de esta disposición responde a una combinación de normas extranjeras. A saber: se ha tomado del BGB alemán la sanción de la nulidad, la explotación de la necesidad, ligereza o inexperiencia de otro y la desproporción de las prestaciones. Del Código Civil mejicano se ha tomado la posibilidad de exigir una reducción equitativa del convenio y por último del Código Civil italiano de 1942 se ha tomado la modificación del monto de las prestaciones y la exigencia de que la lesión subsista al momento de la demanda.

En el Virreinato del Río de la Plata regía la legislación española que aceptaba la lesión objetiva. Sabemos que esa legislación siguió en vigencia hasta la sanción del Código Civil y aún después con respecto a los contratos anteriores a la publicación de dicho código (art. 4049).

El doctor Vélez Sársfield se detuvo especialmente en el estudio de la lesión y tomó posición de avanzada al no seguir la línea romana y de las legislaciones que admitían la lesión, justificando su pensamiento en la nota al Título I de la Sección II del Libro II inmediata al Artículo 943. Adopta una posición evidentemente innovadora y sigue los lineamientos trazados por García Goyena al ocuparse de la lesión en el proyecto de Código Civil para España del año 1851, pero profundizando y desarrollando con concepto propio las ideas de García Goyena.

Aparte de jurista es cierto que el Codificador se dedicó con autoridad a la Economía Política, como lo prueba el hecho de que se desempeñó como profesor de esta materia, a partir de 1826, en la Universidad de Buenos Aires y su Biblioteca comprende los autores más famosos de la economía.

Nuestro Código Civil responde a ideas sociales, económicas, éticas, políticas y jurídicas y el desarrollo de tales ideas dentro del mismo es lo que mereció ser denominado por Sarmiento como "Código Colonizador" y ese tipo de Código hizo pasar al país de la inmediatez de la montonera a la inmediatez de la civilización. Vélez Sársfield desarrolló algunas instituciones y omitió otras, con el especial designio de hacer progresar a la República. Entre esas ideas económicas destinadas al desarrollo inmediato de la Nación, se halla la nota no admitiendo la lesión enorme o enormísima que tiene actualidad y mantiene sus vigorosos argumentos hasta el presente.

Tan es así que vemos que los autores alemanes que intervinieron en la discusión del BGB en 1896, como HAUSMANN y LAZMANN y a los autores suizos como BEQUELIN y GAUMAN en las discusiones de 1909, que se oponen decidida y firmemente a que se incluya la lesión en sus Códigos. Ello prueba la fortaleza y vigencia de los argumentos de Vélez, teniendo presente que los autores citados trabajaron para países desarrollados y en cambio

nuestro Codificador tuvo que hacerlo para un país que se necesitaba poblar y desarrollar, un país nuevo y en formación.

Los críticos de Vélez Sarsfield sostienen que éste en su nota ha tomado partido por la Escuela Clásica de la economía, con la libre iniciativa individual que parecía ser el medio más adecuado para el progreso económico, técnico y científico, pero afirman que los hombres en general no se hallan en un plano de exacta igualdad al contratar y eso permite la explotación de los débiles por los fuertes. Sostienen estos mismos críticos, que la Revolución Industrial de Occidente ocasionó una crisis de crecimiento, pues a pesar de producirse bienes y riquezas en mucha mayor cantidad, da origen al éxodo campesino hacia las zonas industriales, formándose la gran masa de proletariado urbano que se encuentra inerme frente a los empresarios, por lo que el Estado interviene entonces reglamentando las relaciones laborales, fijando precios máximos a los artículos de consumo, combatiendo la usura, fijando precios máximos a las locaciones, impidiendo ejecuciones de deudores hipotecarios mediante leyes de moratoria, etc.

Pero estos mismos críticos olvidan algunas cuestiones que nosotros entendemos fundamentales. En primer lugar la lesión tanto objetiva como subjetiva o la combinación de ambas no es más que un episodio particular del acto jurídico contrario a las buenas costumbres (art. 138 BGB). En segundo término los llamados individualismo y liberalismo han tenido la virtud de establecer la libertad y la igualdad, quedándole al Estado moderno la posibilidad de su intervención para restablecer el quebrantamiento de los equilibrios.

En la nota de Vélez Sarsfield no militan argumentos económicos sino jurídicos, pero los argumentos económicos surgen de la omisión o inclusión de algunas instituciones en nuestro Código Civil y ello no era más que impulsar el desarrollo económico que necesitaba y necesita nuestro país, sin incluir algunas instituciones como la lesión enorme o la "restitutio in integrum" o la sustitución fideicomisaria que traban la libre circulación de la riqueza e introducen factores de inseguridad jurídica que a su vez producen la incertidumbre económica.

Admitida la lesión no habrá seguridad jurídica en ninguna transacción, pues jamás sabremos cuándo quedará nulo o rescindido un acto, pues que ello depende de factores que apreciados judicialmente pueden o no dar lugar a la rescisión o nulidad, y por lo tanto todo movimiento económico está pendiente de su incertidumbre, es decir si ese negocio es lícito o cae dentro de la rescisión o nulidad de la lesión. Con mayor razón tendríamos que ponernos de acuerdo en qué se entiende por "necesidad", "ligereza" o "inexperiencia chocante", lo mismo deberíamos saber qué es "penuria", "desproporción evidente", "lucro excesivo", "extrema necesidad", etc. No hay allí una noción idéntica para

cada intérprete de la ley, sino que cada uno de ellos tendrá su propia idea de esos conceptos, de tal manera que la inseguridad jurídica y la consiguiente incertidumbre económica se hallan presentes, y no olvidemos que ambas hacen a un menor desarrollo económico, a una menor circulación de la riqueza, a un menor progreso por un menor y más cauteloso desenvolvimiento.

Es evidente que esto no es aconsejable para un país joven y en evolución como el nuestro; es posible que estas instituciones sean aplicables en países desarrollados donde se tiende a la conservación de los bienes en pocas manos, pero jamás para países que necesitan un rápido desarrollo.

Los argumentos de Vélez Sársfield al rechazar la lesión los podemos resumir así:

- a) la lesión no es un vicio de los actos jurídicos;
- b) La mayoría de los Códigos sólo acogen la lesión en cuanto al contrato de compraventa y no para los actos jurídicos.
- c) las legislaciones son absolutamente dispares, tanto para establecer la dimensión de la lesión como para conceder la acción o la renuncia de la misma;
- d) el consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos;
- e) cuando Vélez Sársfield en la nota al art. 58 prohíbe el "restitutio in integrum" sostiene: "la confianza en la adquisición queda vacilante e impide la seguridad del derecho de propiedad", y esto es aplicable a la lesión;
- f) en el sistema de Vélez Sársfield un acto jurídico inmorale o contrario a las buenas costumbres no encuentra protección en la justicia y es nulo de nulidad absoluta como si no tuviera objeto (art. 963).

Un rápido pantallazo por la doctrina nacional nos permite afirmar que los comentaristas de nuestro Código Civil como Scovio, Machado y Llanusa no emiten opinión sobre el particular. Como sostiene al tratar sobre intereses usurarios que la limitación o sanción es ineficaz, pues se echa mano de tantas sutilezas y argucias que es casi imposible descubrir el préstamo usurario en el simulado pacto de retroventa o en el aumentado capital con los intereses figurando como capital. MORIN, MOSSER DE ESPANES, SPOTA y BORDA se pronuncian a favor de la lesión, al igual que LLAMAS, BIELSKI en su Anteproyecto no incluyó expresamente la lesión sino que optó que la misma se hallaba comprendida dentro de los amplios términos del art. 963 de nuestro Código Civil.

La jurisprudencia había encontrado un camino para la aplicación y moderación de situaciones lesivas a través de la interpretación del art. 953, sin necesidad de incorporar un principio que estimamos de inusitadas proyecciones negativas como es la lesión. Más aún, en el III Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba, Rusoía sostuvo que "esta teoría supone un grave compromiso para la seguridad jurídica".

Puede ser que la lesión sea útil en países plenamente desarrollados, pero jamás en países en vías de desarrollo y que necesitan su desenvolvimiento económico.

Basta, en nuestro sentir, la antigua norma del art. 953; se concilian así las necesidades económicas y políticas con las normas morales a las que debe sujetarse toda comunidad civilizada.

\*  
\* \*

Dijo el Dr. Gascó: \*

La metodología legislativa del Derecho de las Obligaciones presenta dos tendencias en el Derecho Comparado. A la primera, para darle una denominación convencional, la llamaremos "tradicional" o "clásica".

Su origen arranca de las Institutas, tanto la de Justiniano como la de Gayo, y presenta a la obligación unida al contrato, como un medio de adquisición de la propiedad. Así aparecen en el Libro III de la Instituta de Justiniano, dedicado a los modos de adquirir el dominio, disposiciones sobre obligaciones, contratos y herencias. Por separado, en el Libro IV, se tratan los actos ilícitos, delitos y cuasidelitos.

Esta línea metodológica clásica es la que pasa, a través de los antecedentes romanos, al Derecho de las Partidas, a punto tal que en la Partida 5ª aparece legislada la obligación convencional, y luego en la 7ª los hechos ilícitos, aunque estos últimos considerados tanto desde el punto de vista civil como desde el punto de vista penal. Es la misma concepción metodológica que tuvo Domar y, poco tiempo después pero del otro lado del Canal de la Mancha, Blackstone, cuando fue elaborando y dando cuerpo al "common-law" inglés. Esta tendencia legislativa se concretó en los primeros cuerpos legales, como el "Landrecht" prusiano de 1794. También es la que va a receptor el Código Civil francés de 1804, y será seguida después por el Código Austriaco de 1811 y por algunos códigos del siglo XIX que sufrieron la influencia directa en esta materia del Código Civil francés, como el Código

\* Profesor Adjunto (I) de Derecho Civil II.

italiano de 1865 y algunos códigos hispanoamericanos como el uruguayo y el boliviano.

Frente a esta línea —que por otra parte orienta a GARCÍA GORRASA— Vélez Sarsfield asume una postura distinta. No diremos original, pero sí desde el punto de vista legislativo, innovadora. Prescinde de la concepción según la cual obligación es sólo la obligación contractual, y además desliga completamente la obligación en su aspecto general, de los medios de adquisición del dominio. No es una postura, desde luego, original; ya veremos las raíces con proyección histórica y doctrinal que llevan a esta concepción.

Vélez arranca en forma mediata del sistema de POTHU. POTHU es el primero de los autores que trató de dar una serie de reglas generales referidas a todo tipo de obligación sin dependencia de su fuente, tratando su concepto objeto, efectos y extinción en forma común a todos los tipos de obligaciones. Se refirió aparte a los contratos, dedicándoles tratamiento en especial.

Después de POTHU está la obra de SAVIGNY: ese magnífico "Sistema del Derecho Romano Actual", cuyos ideas reproduce el autor en el "Derecho de las Obligaciones" en lo atinente a este tema, mostrando una idea fundamental, que es la siguiente: Dice SAVIGNY que en el derecho de las cosas, el derecho de familia y el derecho de las sucesiones, nos encontramos con un determinado número de instituciones jurídicas, cada una de las cuales se gobierna por principios propios, lo cual deja un escaso margen para la teoría general. En cambio, en el derecho de obligaciones, nos encontramos con un amplísimo número de relaciones obligatorias determinadas por las necesidades cambiantes provocadas por la evolución, y además por la potencia creadora del principio de la autonomía de la voluntad. Siendo así, afirma SAVIGNY, es necesario que el derecho de las obligaciones se concrete en una serie de principios generales, los cuales han de ser adecuadamente des-  
envueltas a fin de poder dar una solución congruente en cada caso.

Esta concepción de SAVIGNY, en realidad, sigue la orientación de los pandectistas alemanes: es la misma que habían propiciado THIBAUT, HUGO, POTHU, y que luego —a través de SAVIGNY— continuaron WINSCHEIDT y DEMMEING.

Hasta aquí los fundamentos conocidos de la postura de VÉLEZ, que luego vamos a analizar en particular. Pero también aquí hay un gran ignorado, muchas veces seguido y no citado, que es FARRAS. La maravillosa arquitectónica del "Esbozo" se ve plasmada desde el punto de vista metodológico en la inclusión en un primer Libro —como ya lo destacara adecuadamente el Dr. Alterini— de los elementos de los derechos. Allí se enlazan magníficamente los tres elementos fundamentales de toda relación ju-

rídica: personas —sujetos de derechos—; cosas —objeto de la relación jurídica—; y hechos, que van a actuar con función de causa eficiente. En su Libro II ("De los Derechos Personales"), destina la Sección I a los derechos personales en general, es decir a las obligaciones; la Sección II a los derechos personales en las relaciones de familia, y la Sección III a los derechos personales en las relaciones civiles, o sea las obligaciones que nacen de los contratos y de otras fuentes; en tanto reserva el Libro III a los derechos reales. Bien se advierte cómo se independizan la obligación y el contrato de los modos de adquisición del dominio.

Vélez se enfrenta con los precedentes cuando tiene que redactar el Libro II del Código Civil, y destacamos especialmente esto: la formación doctrinaria de Vélez no cabe ninguna duda que era profundamente romanista. Además, conocía perfectamente el derecho patrio, que era derecho vivo en el momento de su actuación; derecho que a través de las Partidas entronca con el derecho romano. El Código Civil francés fue seguido por nuestro Codificador en muchos aspectos; pero acá se aparta de todos esos precedentes y opta por una línea a la que —también convencionalmente como la anterior, que hemos denominado clásica— podríamos mencionar como "innovadora".

¿Qué hace Vélez? Toma todos los principios generales de la obligación y construye una doctrina general del Derecho de las Obligaciones; de ahí que el Libro II dedique la Sección Primera a la teoría general de la obligación, dividiéndola en dos partes: la parte primera, que comprende los títulos I a XV, dedicada a los conceptos generales de la obligación; y la parte segunda, títulos XVI a XXIII, dedicada a los medios extintivos de la obligación. Y con esto no hace sino inaugurar una corriente renovadora, que en cierto aspecto ya se había manifestado —pero nada más que en cierto aspecto— en el Código Civil chileno, sin que se conocieran otros precedentes legislativos en ese momento. Es por eso que en la nota que encabeza el Libro II, la que antecede al art. 495, Vélez explica que casi todos los códigos de Europa y América repiten un error en que ya había incurrido el Código francés que es tratar las obligaciones bajo el acápito "De los contratos o de las obligaciones convencionales". Siguiendo las huellas de MASCANÉ en este aspecto —aunque cita equivocadamente a ZACHARIÆ, el pasaje está tomado de MASCANÉ— dice que los redactores del Código Civil francés incurrieron en un error metodológico muy notorio al legislar exclusivamente las obligaciones convencionales y luego, por separado, otro tipo de obligaciones a las que no denominan así sino "engagements". Vélez opta por la otra línea: FORTIER, SAVIGNY, FREITAS como hitos dentro del precedente científico. Y aunque sin la clarificación que en la obra de FREITAS significa el Libro I sobre elementos de los derechos, llega a elaborar dentro del Código Civil argentino una

teoría general de las obligaciones con prescindencia de sus fuentes.

Vamos a examinar algunas de las consecuencias que trae aparejada esta elaboración.

En primer lugar, la congruencia de pensamiento que demuestran las notas concordantes a los arts. 499 y 505, las que siguen la línea doctrinaria de la nota precedente al Libro II. Esto nos permite distinguir el contrato de la obligación, y sus respectivos efectos. El contrato no es más que una de las tantas fuentes de la obligación, y la obligación, cuando es contractual, no es sino un efecto del contrato. De ahí que también siguiendo a Mascabé en este aspecto, diga que el contrato tiene tres efectos distintos:

1º) Crear obligaciones;

2º) Extinguir obligaciones. Aquí debemos hacer una aclaración: para aquella teoría restrictiva en cuanto al concepto del contrato, enunciada por Auzan y Rau, que lo restringe a los acuerdos de voluntades destinados a producir obligaciones, no es contrato aquel acuerdo de voluntades que no crea obligaciones sino que las extingue. Habría que denominarlo convención liberatoria.

3º) Finalmente, dice Mascabé, citado también por Vélaz en la nota al art. 505, el contrato tiene como efecto la transmisión de la propiedad o sus desmembraciones. Aquí también hay que hacer una distinción que se impone por la diferencia de regímenes entre el Código francés y el nuestro. En el Código francés, la aptitud del contrato para transmitir la propiedad o sus desmembraciones es consecuencia del consensualismo, por lo que cuando se refería a inmuebles y antes de la reforma de 1855, tenía esa virtualidad o efecto: transmitir por sí mismo el dominio. No lo tiene, desde luego, en nuestro Código, porque dentro de nuestro Código sólo puede crear la obligación de transmitir el dominio, la que será cumplida con la tradición según el concordante sistema establecido por los arts. 577, 2265 y 2601 a 2603.

Distinguiendo así los efectos se despeja un concepto erróneo, que es muy utilizado pero que sólo lo podemos admitir como una elipsis de lenguaje: no se puede hablar de cumplimiento o incumplimiento del contrato, si se puede hablar de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales. El efecto del contrato queda circunscripto a crear obligaciones; y los efectos de las obligaciones resultarán de la aplicación del art. 505 en tanto confiere al acreedor —sea de fuente contractual o no— los medios de ejecución, directa, específica o "in natura"; o bien indirecta o por equivalente.

Otra de las consecuencias de esta concepción de una teoría general de las obligaciones, la encontramos en las acciones protectoras o reparadoras con que cuentan los acreedores. Se

puede intentar la acción subrogatoria, indirecta u oblicua, cuando el acreedor lo es por obligación nacida de fuente contractual o de otra causa fuente que no sea contrato. Se puede intentar la acción revocatoria, pauliana o de fraude en función de un crédito emergente de un contrato o de otra fuente; y se tiene legitimación activa para ejercer la acción de simulación por parte del acreedor también en función de una obligación no nacida de contrato. Hasta existen derogaciones de las reglas generales, como en el caso del art. 903, para permitir al acreedor de obligación de fuente extracontractual nacida de un delito, intentar la revocación de enajenaciones efectuadas antes del acto ilícito que dio nacimiento a la obligación con miras a colocarse en una insolvencia de hecho que entorpezca la acción resarcitoria de la víctima.

Otra consecuencia: el pago, cumplimiento de la obligación, es decir efecto natural de ésta que conduce a su aniquilamiento, es de aplicación a todo tipo de obligaciones. Hay alguna disidencia doctrinaria acerca del art. 725, como la de ESTEBAN YMAZ, quien sostiene que el art. 725 menciona un deber de conducta siempre positivo, nunca negativo. Dentro de esta idea, el pago comprendería las obligaciones de dar y de hacer, y quedaría fuera de su ámbito el cumplimiento de la abstención debida en la obligación de no hacer. Pero esta reserva se refiere al objeto de la obligación y no a su fuente; nadie ha puesto en duda, en nuestro sistema, que se puedan pagar obligaciones emergentes de las más diversas fuentes que tolere el ordenamiento.

Como consecuencia de este principio, también se produce otro efecto: el pago realizado por el insolvente en fraude de sus acreedores tiene idéntica condición jurídica frente a los acreedores de fuente contractual y frente a los titulares de créditos emergentes de otra fuente.

La imputación del pago hace aplicable sus reglas, cuando se dan los presupuestos necesarios, a las obligaciones contractuales y no contractuales. El llamado pago por tercero puede efectuarse con relación a una obligación proveniente de contrato o de otra fuente. Cuando hay error en un elemento esencial de la obligación, como lo son la persona del acreedor, la persona del deudor o la prestación debida —sea o no una obligación contractual—, el pago indebido hecho en esas circunstancias abre la acción de repetición, o sea funciona como fuente de una obligación de restituir lo que se ha entregado en virtud de ese pago.

Ciertas clasificaciones de las obligaciones comprenden tanto a las contractuales como a las nacidas de otra fuente. Así, existe obligación facultativa nacida de contrato, y obligación facultativa de fuente legal, como lo es la acordada al donatario sin cargo por el art. 1837. Debe la prestación alimentaria, obligación impuesta por la ley, pero esta prestación que está en la obligación

puede ser reemplazada por la devolución de los bienes donados, o su valor si los hubiese enajenado, que la misma ley coloca "in facultate solutionis".

Cuando se trata de obligaciones pecuniarias, tanto lo es la de pagar el precio en una compraventa, los alquileres en una locación, como la de restituir un enriquecimiento incausado o cumplir una prestación de alimentos.

La regla "accessio cedit principali", receptada en los arts. 523 a 525, se expande al efecto extintivo de los daños moratorios, generalizando la solución del art. 624 para el supuesto de cumplimiento de una obligación principal no nacida de contrato, con la aceptación sin reservas por el acreedor.

En materia de transmisión de las obligaciones, si la enfocamos desde el punto de mira de su elemento activo, nos encontramos con la cesión de créditos y con el pago con subrogación. Como regla, son cesibles los derechos creditorios, salvo prohibición expresa o implícita de la ley o del título mismo (art. 1444). Cuando existe tal prohibición, no se relaciona con la fuente sino con otras circunstancias; es más, en el art. 1448 se establece que son cesibles los derechos emergentes de una convención no concluida, con lo cual no estamos en el ámbito contractual sino en una etapa anterior y, sin embargo, es susceptible de transmitirse. Otro tanto acontece cuando se realiza un pago con efecto subrogatorio, que puede referirse a un crédito no nacido de contrato, e igualmente ubica al "solvens" en la posición jurídica del acreedor desinteresado. Y no digamos en materia de transmisión hereditaria, en la que la regla es la transmisibilidad tanto activa como pasiva, y la excepción la constituyen los derechos inherentes a la persona mencionados en el art. 498.

Otra consecuencia: los medios extintivos se aplican a toda especie de obligación, sin distinciones en cuanto a su fuente. Se puede novar, compensar, dar en pago, transigir, confundir, remitir, tanto una obligación contractual como una obligación nacida de otra fuente. Aún más, en los casos de compensación judicial, esa que Coumo llama reconventional, donde en una de las obligaciones implicadas falla el requisito de liquidez para que pudiera operarse la compensación legal, el ejemplo que se da siempre es el de crédito emergente de un acto ilícito y que no ha sido objeto de liquidación convencional.

La prescripción liberatoria, medio extintivo de la acción, es común a todas las obligaciones y puede convertir en naturales obligaciones no nacidas de contrato. También en los incisos 3º y 4º del art. 515 aparecen obligaciones naturales no contractuales.

La obligación con pluralidad de sujetos tiene importancia en nuestro tema en lo que hace a pluralidad de deudores solidarios, ya que la ley es fuente de solidaridad pasiva, con lo que abarca supuestos de obligaciones extracontractuales. Por limitación de

tiempo no podemos considerar la distinción que hacía válidamente el Código Civil en cuanto a la solidaridad de los autores, conseros o cómplices de un delito, que una jurisprudencia deformante extendió a los cuasidelitos, solución que se hizo ley con la reforma de 1968.

Puede ser materia de reconocimiento una obligación de fuente no contractual, con sus repercusiones en cuanto a prueba —título nuevo— y efecto interruptivo de la prescripción.

La mora creditoria y la liberación coactiva juegan a favor de todos los deudores, sin distinción de fuentes, quienes pueden recurrir a la oferta de pago y al llamado pago por consignación.

Y así podríamos seguir con el catálogo de efectos, pero debemos interrumpirnos. Simplemente vamos a sacar una conclusión: la metodología de VÉLIZ ha permitido la formación de una doctrina adecuada, coherente, en torno a una teoría general de la obligación; y esta metodología —dejando de lado cuestiones de detalle y casos de inconsecuencia del propio Codificador— es la que ha seguido la más autorizada codificación del siglo que vivimos. Desde el Código alemán de 1900, pasando por el Código Federal Suizo de 1912, el Proyecto Franco-Italiano de 1927, el Código de Italia en 1942, el peruano de 1936, hasta el recentísimo Código portugués de 1967. En suma, lo que intuyó VÉLIZ SÁRSFIELD siguiendo una línea doctrinaria todavía no desvirtuada legislativamente en su tiempo ha atravesado incólume todos nuestros proyectos de reforma, y también las reformas realizadas sin proyecto. Con lo que no cabe dudar que, en este trascendente aspecto, el pensamiento de VÉLIZ conserva vigencia y supervivencia, como nos indica el temario de hoy. Nada más.

\*  
\*  
\*

Dijo el Dr. GASTALDI: \*

La reforma introducida por la ley n° 17.711 y su complementaria n° 17.940 en el Código Civil de Véliz Sársfield en materia de contratos, ha comprendido aspectos de la doctrina general y de las diversas figuras en particular.

En cuanto a lo primero, se modificaron los arts. 1184, 1183, 1198 y 1204, y se agregó el art. 1185 bis. En punto a lo segundo, se reformaron los arts. 1324, 1633, 1638, 1646, 1654, 1720, 1791, 1810, 1832, 1977, 2246, y se crearon los arts. 1633 bis, 1647 bis y 1788 bis.

\* Profesor Adjunto (1) de Derecho Civil III.

Con razón se sostiene que el método empleado por el codificador, en especial referido a los contratos, superó el del Código Civil francés, orientador de las codificaciones de la época, no sólo al separar claramente la teoría de las obligaciones de la teoría de los contratos, sino muy especialmente al dedicar un título autónomo a la doctrina general de éstos. No obstante las críticas que puedan hacerse, aún del punto de vista de las remisiones que contiene ese título, lo cierto es que Vélez mejoró su antecedente y no sólo eso, sino que creó un sistema con bases amplias, que permitió una fecunda elaboración de la doctrina y jurisprudencia en los cien años de su vigencia.

He creído necesario hacer esta breve referencia, como introducción al tema de los aspectos que la reforma contempló en cuanto a los contratos, porque se trata, como se sabe, de una reforma parcial, que mantuvo incólume la estructura del Código Civil. En especial en la materia que nos ocupa, la obra de Vélez permanece intacta en sus cimientos y sólo ha sido alterada en algunos puntos que no cambian el panorama general y por lo demás no innovan mayormente en las soluciones prácticas.

Por considerarlo más importante, atento que se trata de normas de índole general, aplicables a todas las figuras que legislan no sólo el Código sino las leyes especiales y también a los contratos innominados o atípicos, prefiero referirme a las modificaciones introducidas por la ley 17.711 en el título "De los contratos en general", que abarca desde el art. 1137 al 1216.

Sin embargo, no quiero dejar de señalar algunas incongruencias entre normas generales reformadas y normas especiales que permanecieron intactas; más que incongruencias son contradicciones, que si bien pueden quizá salvarse con aquello de que ley posterior deroga las anteriores, en realidad existe una falla de técnica legislativa, porque la sola circunstancia de tener que llegar a provocar una decisión para solucionar el problema que se plantea, indica que una norma no es exacta, allí donde fácilmente pudo serlo. En este sentido, existe evidente contradicción, por ejemplo, entre el art. 1184, en su inciso 3º, que prescribe la escritura pública para los contratos de sociedad civil, sus prerrogas y modificaciones y el art. 1662 que establece que tal contrato puede ser hecho por escrito, instrumento público o privado o correspondencia, y aun verbalmente; quizá pueda sostenerse que esta última norma ha quedado derogada o bien que permanece en vigencia para las sociedades irregulares, pero no cabe duda que tal cuestión debió ser evitada. Lo mismo puede decirse del sistema de pacto comisorio legal o tácito, introducido por la reforma, y que quedó legislado de una manera muy especial. Si se lo compara con los numerosos artículos que establecían ya en el Código de Vélez, para diversos contratos, la vigencia de ese pacto, se advierten también contradicciones; baste se-

halar en tal sentido la oposición entre el nuevo art. 1204 y los artículos que se refieren al citado pacto en materia de compra y venta, por ejemplo, el inciso 3º del art. 1375 que resuelve de manera distinta al 1204 la posibilidad de pedir la resolución cuando antes se ha exigido el cumplimiento. Alguna otra contradicción fue salvada a tiempo por la ley de erratas; vaya como ejemplo, la existente entre el art. 1193 y el art. 2246, referente a la tasa de ley que limita la prueba de testigos, pero en cambio no sucedió lo mismo con el art. 2201, que no fue tocado y que mantiene el límite de los doscientos pesos.

Más acertadas son en cambio otras reformas de la parte especial, entre ellas la del inc. 3º del art. 1324 al suprimir la alusión a la licitación; la modificación del inc. 3º del art. 1654, referido a las estipulaciones válidas en materia de sociedad; la sustitución del art. 1977 en cuanto a los mandatos irrevocables, etc. Pero en cambio no está de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales y con la opinión doctrinaria de la mayoría la solemnización de ciertos tipos de donaciones, que no guarda relación con la tendencia general, advertida incluso en la reforma, de evitar los formalismos rigurosos.

Veamos ahora sucintamente qué hizo la reforma de la ley 17.711 en la doctrina general del contrato.

Algunos artículos los reemplazó totalmente, mientras que otros subsisten con modificaciones. Pero parece necesario adelantar que en la práctica el sistema no se alteró.

En orden numérico, nos encontramos primero con el art. 1184, que dispone sobre la forma de los contratos, aunque cabe hacer la conocida advertencia de que no todo lo que trata esa norma es materia contractual y tal error de Vélez no fue corregido por la reforma.

Correcta la eliminación de la pena de nulidad en el premio de esa norma, y también el límite de los mil pesos en varios incisos y la inclusión de la posibilidad de reemplazar la escritura pública por instrumento privado presentado al juez de la sucesión en el caso de particiones extrajudiciales.

Pero lo cierto es que en la práctica las soluciones serán las mismas. La doctrina y jurisprudencia en su mayoría resolvían que en caso de omitirse la escritura pública no había nulidad, dado que la forma era "ad probationem", permitiéndose el juego de los arts. 1185 y 1187. En cuanto al límite de los mil pesos, la desvalorización monetaria desde la época de sanción del Código había quitado vigencia a esa limitación. Y también en materia de particiones extrajudiciales, aunque el tema escape a los contratos, cabe recordar que se aceptaba ya la presentación de un escrito en el juicio sucesorio, que luego el juez homologaba.

Quiere decir entonces que en materia de forma de los contratos —y de algunos actos que no son tales— no obstante modi-

ficarse el art. 1184, no se ha alterado la solución de los problemas que puedan ocurrir.

En cambio, creo que podría haberse eliminado del precepto la excepción de la subasta pública, incluyéndose en donde tiene vigencia, que es en el inciso primero, conforme se reconoce unánimemente.

El art. 1185 bis vino a consagrar una reforma que al parecer se impuso para proteger la buena fe y con el fin de evitar las consecuencias de una jurisprudencia plenaria de los tribunales de comercio de esta Capital. Quizá ésta si sea una verdadera innovación, pero la norma adolece de fallos y da pie a diversas interpretaciones, sobre todo teniendo en cuenta que no exige la posesión para oponer el boleto de compra y venta a la quebra, ni tampoco la fecha cierta del mismo.

Pasando por alto la reforma del art. 1183, que no tiene mayor trascendencia, llegamos al art. 1198, que es el que más se destaca en la doctrina general de los contratos.

Enfáticamente dispone que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, haciendo consagración expresa de este principio, que también había sido reconocido en esa forma en codificaciones extranjeras.

Pero que Vélez no incluyera disposición semejante. ¿Quería acaso decir que la solución era diferente? ¿Era factible presumir que nuestro Código Civil admitiera la posibilidad de que se contratara o se interpretara un contrato de mala fe? De ninguna manera, y nadie, por supuesto, hubiera aceptado semejante conclusión. Incluso, aunque el propio art. 1198 no lo dijera expresamente, se llegaba a sostener que el mismo constituía la "codificación de la buena fe". Lo cierto es que la reforma no innovó en tal punto y el trasfondo de la obra de Vélez permanece así también inalterado.

La mala fe no tenía cabida en el Código de Vélez y la buena fe estaba perfectamente amparada por disposiciones geniales del codificador, como son las que imponen el respeto a la moral y las buenas costumbres, canalizadas a través del maravilloso artículo 953, que tantas soluciones ha inspirado.

La teoría de la imprevisión, que aparece consagrada en el nuevo artículo 1198, también había recibido una aplicación por la jurisprudencia que podemos calificar de reiterada. Es decir, que aunque el codificador no la previera expresamente igualmente era posible dentro del sistema del código. La consagración expresa de tal teoría si bien puede creerse que es conveniente, no constituía entonces una necesidad imperiosa.

En cuanto al pacto comisorio tácito, las excepciones eran tantas que ya antes de la reforma se decía que cubrían la aparente regla contenida en el art. 1204; también la jurisprudencia se había encargado de admitir la vigencia del mismo aunque no es-

tuviera expresado en el contrato. En materia de inmuebles, que es donde se le reconoce indiscutible aplicación, la cuestión había venido a ser resuelta en nuestra Capital por un fallo plenario. El nuevo artículo, copia del reformado art. 216 del Código de Comercio, adolece de fallas, al presentar una no muy clara redacción, que ocasionará sin dudas problemas de interpretación, referidos por ejemplo a en qué casos puede considerarse resuelto de pleno derecho un contrato ante un incumplimiento y cual será la forma correcta de ejercitar tal prerrogativa.

En síntesis, las nuevas disposiciones no han quebrado la estructura general en materia de contratos y más aun, las soluciones adoptadas eran ya posibles antes de la reforma a la luz de principios simples pero geniales con que el codificador orientó la doctrina y la jurisprudencia durante cien años. Ello es suficiente para admitir la perdurabilidad de la obra del doctor Vélez Sarsfield.



Dijo el Dr. RUSSOMANNO: \*

A fines del mes de septiembre próximo se cumple el centenario de la sanción de nuestro Código Civil, y en el curso de su larga vida sólo poquitos de sus 4051 artículos fueron modificados.

Por lo tanto, la supervivencia de ese cuerpo legal es evidente y su demostración innecesaria.

En cambio, es de interés tratar de explicar las razones de esa supervivencia y buscar respuesta al interrogante acerca de su perdurabilidad.

En cuanto a lo primero, creo que se dan las mismas circunstancias que hicieron perdurar ya ciento sesenta y cinco años al Código Napoleón. Cuando en 1904 se celebró el centenario del Código Civil francés, Barthélemy Terrat —entonces Decano de la Facultad libre de Derecho de París— escribió en el famoso "Livre du Centenaire" palabras que bien pueden emplearse hoy para explicar la causa de la supervivencia del Código de Vélez Sarsfield: "Nuestro derecho —dijo— no tiene nada de exclusivamente propio de una raza; parece hecho para el hombre en general". "No tiene nada de exclusivamente nacional". "¿Eso es una cualidad o un defecto?" "No lo sé". "Pero, cualidad o defecto, él posee en ese carácter distintivo una fuerza singular de expansión, un germen de vitalidad universal".<sup>1</sup>

\* Profesor Adjunto (II) de Derecho Romano.

<sup>1</sup> "Le Code Civil - Livre du Centenaire", Paris 1904, t. I, pág. 331.

He ahí, pues, la principal razón que, a mi juicio, explica por qué nuestro Código Civil ha llegado a ser centenario.

Lo expuesto no implica, de ninguna manera, que él sea perfecto. Es una obra humana y, como tal, con virtudes y defectos, pero también perfectible. Sin embargo, el haber regido durante cien años las relaciones civiles en un país en permanente evolución y crecimiento, demuestra que, pese a sus imperfecciones, es una obra jurídica de primer orden.

Las reformas que sufrió el Código Civil argentino en materia de derechos reales, en toda su larga existencia, fueron muy escasas. Después de la ley de fe de erratas N° 1196 del 9 de septiembre de 1882, las primeras modificaciones aparecen el 28 de septiembre de 1933 por la ley 11.725, con relación a los artículos 3112 y 3188; luego, el 13 de octubre de 1948, la ley 13.312 derogó totalmente el artículo 2817 y, parcialmente a los efectos de la propiedad horizontal, los artículos 2685 y 2693. Por último, en abril del año pasado, la ley 17.711 derogó los artículos 2619 y 3354, y sustituyó o modificó 24 disposiciones.

Es decir que, desde 1882 —ley fe de erratas— hasta hoy, en todo el libro tercero sólo se derogaron, sustituyeron, modificaron o ampliaron 31 artículos. Si advertimos que dicho libro consta de 951 artículos —del 2311 al 3261 inclusive— resulta evidente que, en cuanto a los derechos reales, el código ha sobrevivido a todas las reformas que, por su escaso número, no han alterado su espíritu ni, en general, su contenido.

De todas las reformas, evidentemente la más amplia fue la última, la de la ley 17.711, que alteró el texto original de 28 disposiciones. Ardua y larga tarea sería examinar —siquiera someramente— cada una de las enmiendas y, por elementales razones de tiempo, no puedo emprenderla ahora.

Por eso, he de limitar mi exposición a las modificaciones relativas a las acciones posesorias (artículos 2469, 2487, 2488, 2490 y 2491).

Hay dos importantes reformas: se extienden las acciones posesorias a las cosas muebles y se protege también la simple tenencia.

Con respecto a lo primero, el artículo 2488 en su nuevo texto contenía un increíble error, ya que decía que "las cosas muebles pueden ser objeto de acciones posesorias, salvo contra el sucesor particular poseedor de buena fe de cosas robadas o perdidas". Es decir, que no podían intentarse acciones posesorias contra el sucesor particular del ladrón si era poseedor de mala fe, pero sí procedían contra el poseedor de buena fe. . . ! Pasaron casi seis meses, y el 15 de octubre último, la ley 17.940 califica al lamentable error de "simple errata" y lo corrige sustituyendo las palabras "de cosas robadas o perdidas" por "de cosas que no sean robadas o perdidas". En consecuencia, ahora se autorizan

las defensas posesorias contra los sucesores particulares poseedores de mala fe, y también contra los sucesores particulares poseedores de buena fe de cosas muebles robadas o perdidas.

Las fuentes directas de esa reforma son el Anteproyecto de Bibiloni (artículo 2338) y el Proyecto de 1938 (artículo 1437).

Se protege así la posesión de muebles tanto en caso de turbación como de desposesión, siguiéndose la línea de los códigos de este siglo, como el alemán —que no distingue, para proteger la posesión, si se ejerce sobre muebles o inmuebles (artículos 854 a 872)—, el suizo (arts. 933 a 936), el brasileño (arts. 499 a 508), el mejicano (arts. 799 a 804) y el chino de 1930 (arts. 848 a 951, 962 y 963). El código italiano de 1942 protege la posesión o tenencia de muebles cuando hay desposesión, mediante la acción que denomina "de reintegración" (art. 1168), pero, en cambio, no concede la acción "de mantenimiento" —contra turbaciones— salvo cuando se trata de universalidades de muebles (art. 1170).

Es evidente, entonces, que la reforma, en cuanto a la protección de la posesión o tenencia de muebles, coloca a nuestro código a la altura de los de este siglo. Sin embargo, frente a la presunción de propiedad de los muebles poseídos de buena fe, que consagra el artículo 2412, es dudoso y discutido en la doctrina si la solución es conveniente. No examinaré ahora la cuestión porque insumiría más tiempo que el que dispongo. Solamente deseo mencionar que Vélez Sársfield —que era un exímio romanista— sabía que el derecho romano protegió la posesión de muebles mediante un interdicto llamado "atrub", pero intencionalmente no lo incorporó a su código. Señalo que no puede aseverarse, de ninguna manera, que su criterio haya sido erróneo. Nada menos que Rudolf von Ihering, comentando ese interdicto, dijo: "Cuán insignificante es, en verdad, el interés de la protección posesoria de las cosas muebles ante el de las inmuebles". "Que se pregunte, sino, dónde se manifiesta ese interés". "Jamás he oído hablar de un proceso posesorio sobre cosas muebles. . .".<sup>2</sup>

La otra reforma fundamental es la extensión de las acciones posesorias a la simple tenencia. La consagran los nuevos artículos 2469 —relativa a la acción de mantener la posesión o tenencia— y 2490 que concede la acción de despojo también al tenedor, denegándola a los servidores de la posesión.

En este aspecto se sigue también a los códigos más recientes, al Anteproyecto de Bibiloni y al Proyecto de la comisión de reformas de 1938.

Debe tenerse en cuenta, de todos modos, que estas nuevas

<sup>2</sup> Citado por ALLENDE, GUILLERMO A.: "La Posesión", Buenos Aires 1958, pág. 163.

normas no quiebran la estructura fundamental de nuestro código que —al igual que el italiano— sigue la teoría de Savigny, distinguiendo tenencia de posesión y no asimilándolas, como hacen los códigos alemán y suizo por ejemplo.

La solución, ¿es conveniente? Lo dudo mucho, sobre todo si se advierte que el nuevo artículo 2490, en su primera parte, concede la acción de despojo al "tenedor, aún vicioso" que, claro, no se advierte quién pueda ser, ya que en ninguna parte del código se indican (ni podrían indicarse) cuáles son los supuestos vicios de la mera tenencia. Hay un evidente y lamentable error de redacción: la nueva disposición debió decir "al poseedor, aún vicioso, y al tenedor", pero no "al poseedor y al tenedor, aún vicioso" porque esto carece de sentido.

Además, la misma disposición a que acabo de referirme, en su último párrafo, priva de la acción de despojo a quien denomina "tenedor en interés ajeno". Esta terminología, aplicándola con rigor científico de acuerdo con el criterio seguido por nuestro codificador, es también defectuosa porque todo "tenedor" lo es en interés ajeno, ya que, según surge del artículo 2352, el tenedor tiene efectivamente la cosa pero reconociendo en otro la propiedad. El artículo que acabo de citar demuestra que Vélez Sársfield conocía perfectamente la obra de Savigny "Tratado de la posesión en el derecho romano". En efecto, en dicha obra (7ª ed., trad. francesa de Henri Staedtler, París 1865) Savigny, refiriéndose al "animus domini" —elemento intencional por el que distingue posesión de tenencia— explica que existe ese elemento, y por lo tanto hay posesión, cuando quien tiene la cosa sin atribuir la propiedad a sí mismo ni a otro, se limita "a querer conservarla con un fin especial, por ejemplo, a causa de los frutos que ella produce" (pág. 93, nota 1); y en el mismo lugar, explica que lo fundamental para que haya posesión es no reconocer en otro la propiedad. En consecuencia, para Savigny, quien tiene la cosa en interés propio —sin reconocer la propiedad en otro— es poseedor; quien tiene la cosa en interés ajeno —reconociendo la propiedad en otro— es tenedor. Por lo tanto, para un código que en materia posesoria sigue la teoría de Savigny, es sin duda erróneo hablar de "tenedor en interés ajeno" o de "tenedor en interés propio".

Como colofón, quiero señalar que las reformas comentadas han sido, a mi juicio, demasiado apresuradas y, teniendo en consideración otras disposiciones del mismo código, no reformadas, tal vez su aplicación provoque inconvenientes. Para demostrarlo resulta sintomático que, para el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, ya se han presentado cinco ponencias distintas tendientes a "reformular la reforma" del Código Civil en materia de acciones posesorias.

Para concluir esta disertación, cabe mencionar este hecho:

relata Plutarco, en sus "Vidas Paralelas", que Solón dio a sus leyes vigencia de cien años.<sup>3</sup> Nuestro código ha alcanzado ese límite y, seguramente, lo superará con creces... Su autor, el egregio Dalmacio Vélez Sarsfield, merece nuestro homenaje.

\* \* \*

Dijo el Dr. MAFFIA: \*

Hablar de la perdurabilidad del Código Civil en materia de sucesiones implícitas, necesariamente, referirse a las reformas introducidas y de estas, obviamente a la ley 17.711. La misma produce casi una veintena de modificaciones en nuestro ordenamiento sucesorio.

La primera reforma corresponde al art. 3361 y tiende a corregir las críticas originadas por la deficiente redacción original. Ello no obstante, se ha llegado a una fórmula que no se caracteriza por su felicidad. De acuerdo a ella los descendientes del indigno vienen a la sucesión por derecho de representación. Si nos atuviéramos estrictamente a la norma, su deficiente redacción nos llevaría a conclusiones incompatibles con el sistema del Código. Así la de interpretar que en los supuestos de indignidad la representación existe en todas las líneas. O sostener que en los casos en que no juegan los esquemas de la representación, los descendientes no tendrían llamamiento aunque pudiesen invocar un título propio. Sin duda alguna estas posibilidades están completamente fuera del marco de interpretación y podría argüirse quizá, que es ocioso puntualizar la situación del hijo o descendiente que hereda por derecho propio, puesto que en este caso no ofrece duda su situación. Empero, no parece feliz el remplazo de un texto criticado por otro tan deficiente como el sustituido.

La segunda reforma deroga el artículo 3354 que establecía que los que tengan una parte legítima en la sucesión pueden repudiar la herencia, sin perjuicio de tomar la legítima que les correspondía. Se trató de poner punto final a la polémica de viejo linaje entre quienes conceptuaban a la legítima como *pars hereditaria* y los que la entendían como *pars honorum*. Pero si la intención fue —al barrar la ostensible contradicción entre los artículos 3354 y 3581— suprimir la posibilidad de un legitimario no heredero, otro instituto nuevo incorporado por la reforma introduce de rodón la figura que se quiso suprimir.

<sup>3</sup> SOLÓN, XXIV.

\* Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional de la Plata.

La tercera de las reformas está referida a la aceptación de la herencia y es la que tiene mayor relevancia. De acuerdo al nuevo principio que se sienta todo heredero se reputa aceptante beneficiario y responsable, por tanto, *intra vires*. La norma parece clara, sin embargo las dificultades aparecen a poco que se la analice. De acuerdo al sistema de nuestro Código la aceptación de la herencia se puede hacer en forma expresa o tácita, agregándose a estos supuestos típicos la posibilidad de la aceptación forzosa en los casos en que ella es impuesta a modo de pena. Pues bien, el artículo 3329 establece que en todos los casos de aceptación tácita la herencia se considera aceptada pura y simplemente. A su vez, el artículo 3339 dispone que el sucesor universal no puede aceptar la herencia con beneficio de inventario cuando ha hecho acto de heredero puro y simple. Y aquí se manifiesta la mayor dificultad, pues si se consideran vigentes ambas normas cabe concluir que la presunción establecida por el nuevo artículo no funcionará para la aceptación tácita. Si por el contrario, no obstante las reiteradas omisiones de la reforma que ha omitido referirse, casi siempre, a las normas concordantes de las modificadas, conceptuamos que los dos artículos han sido reformados, puede afirmarse que la aceptación tácita se realizará también con beneficio de inventario.

La cuarta reforma carece de mayor entidad. No obstante que es, quizá, la que revela más ostensiblemente el descuido con que se ha procedido. Ya lo ha señalado el Dr. Alberini: se cambia el sistema de la posesión hereditaria, dándosele ahora al cónyuge de pleno derecho. A su vez, se deroga el artículo 3411 que conspiraba contra el sentido unificador del apoderamiento. Pues bien, se ha incluido al cónyuge entre quienes tienen la posesión de pleno derecho pero no se lo ha borrado de la norma que exige que él la pida, la que por la supresión del art. 3411 ha quedado en forma inmediata siguiente. Asistimos así a la curiosa circunstancia que un mismo derecho es dado y quitado por dos normas, una a continuación de la otra.

La quinta reforma significa un plausible avance y se refiere a la conceptualización del heredero aparente. La criticada expresión "parientes en grado sucesible" empleada por el Código está reemplazada por la declaratoria de herederos o el auto probatorio del testamento. Se cambian también las exigencias al aludirse actos de disposición, acertada mención del género en vez de la especie como lo hacía el Código. Además, se tipifica la buena fe. Lamentablemente en esto se ha detenido la reforma quedando en una mención secundaria y soslayante de la declaratoria de herederos é ignorando un instituto de tanta trascendencia en la vida jurídica, cuya importancia resulta ocioso encarecer.

La sexta reforma hace a la partición y se proyecta en tres aspectos. En primer lugar la modificación del artículo 3462 quita

de aquel el criticado sistema de las mayorías, exigiéndose la unanimidad. En segundo lugar, desgraciadamente se suprime un instituto, no por él en sí mismo, sino quizá por las desviaciones jurisprudenciales: me refiero a la licitación. Porque la licitación dentro del sistema del Código y como subasta abierta a los terceros es inobjetable, resultando inexplicable esta solución alejandrina. Por último se ha agregado, en cuanto al sistema de la partición, una norma totalmente superflua que exige que ella se haga en especie, cuando en realidad no hay otra partición que la que se hace en esa forma.

La séptima de las reformas incide sobre la colación. Vélez, tanto en materia de colación como de legítima, siguió el criterio de García Guyena como lo evidencia la nota al artículo 3477. Pero en punto a colación se apartó del modelo, no estableciendo el tiempo en que debían computarse los valores. Ello no obstante la doctrina, aplicando lo establecido en materia de legítima, siempre entendió que la computación del valor de lo donado debía hacerse al tiempo en que la liberalidad se había realizado. Las vicisitudes de nuestro signo monetario posteriores de manifestó la necesidad de volver contra ese criterio. Y así no es extraño que, ateniéndose a la distinción entre deudas de dinero y deudas de valor, se postulara en las Terceras Jornadas de Derecho Civil, reunidas en la Universidad Nacional del Litoral, que la colación debía conceptuarse como una obligación de valor y, por lo tanto, los valores computarse al tiempo de la partición. La reforma recoge parcialmente ese criterio, estableciendo que la determinación deberá hacerse al tiempo de la apertura de la sucesión. La norma aparece criticable en dos aspectos: conociendo el tiempo que suele transcurrir entre la apertura y la partición, no es preciso poner de resalto que las mismas consecuencias disvaliosas pueden seguir ocurriendo. No se advierte tampoco cual es la motivación que determina soluciones distintas: una para los créditos y sumas de dinero —que queda al arbitrio judicial— y otra para los bienes. A más de la disparidad de criterios no nos parece feliz esta extensión del poder discrecional de los jueces.

La octava modificación ha conferido vocación sucesoria al adoptante en la sucesión del adoptado. La reforma se ha vuelto contra la solución imperante, mayoritaria en la legislación comparada, que responde a una tradición jurídica de prevención y que no se adecúa a la realidad cotidiana. Pero si buena ha sido la intención, la forma harto deficiente en que se ha legislado habrá de ocasionar no pocos problemas en la práctica. Así los derivados de la omisión de prever la situación a plantearse cuando el adoptante concorra a la sucesión del adoptado y, componiendo parte del acervo bienes recibidos de la familia de sangre, no existan herederos de ésta. Se dará la singular circunstancia de una sucesión que habrá de deferirse en parte como

legitimaria y en parte como vacante. O únicamente de esta sola forma, puesto que si la herencia la compusieran exclusivamente bienes recibidos de la familia de sangre, estos habrán de pasar al Fisco con exclusión del adoptante. Por otra parte, tampoco se han previsto los supuestos de concurrencia y así podremos asistir a la singular colisión de padres considerados como legítimos con padres ilegítimos.

La novena modifica sustancialmente la posición del cónyuge en la sucesión. La reforma se proyecta en dos aspectos: se robustece la energía de la vocación en los supuestos de concurrencia y, por otra parte, se amplían a la vez que se precisan las causas de exclusión. A más de ello una norma transitoria contempla la vocación hereditaria de quienes hubieran disuelto el matrimonio durante la vigencia del divorcio vincular. La reforma es en este aspecto una reivindicación de Vélez, puesto que al corregirlo se demuestra, a la vez, que éste se encontraba en la buena senda al atribuir al cónyuge una vocación superior a la que le acordaban los códigos de la época.

La décima es tan novedosa como desconcertante. Se incorpora un nuevo sucesor: la neta viuda y sin hijos. Esta figura ha ocasionado la perplejidad en nuestra doctrina y ya son cinco los ensayos de explicación sobre la naturaleza jurídica del nuevo instituto. Esta incorporación inopinada habrá de ocasionar colisiones e incompatibilidades imposibles de solucionar.

La undécima modificación corrige la solución de Vélez en los supuestos de concurrencia de hijos extramatrimoniales, estableciendo que su porción se obtenga de la parte de los ascendientes en los bienes propios y por cuotas iguales entre ascendientes y cónyuge en los gananciales. Aquí se demuestran también la deficiencia técnica, puesto que en lugar de hacer una simple corrección al artículo 3578 se incorpora un agregado al artículo 3576, con lo que asistimos a la singular circunstancia que un mismo supuesto de concurrencia está contemplado en dos normas distintas.

La duodécima se refiere a la sucesión de los parientes colaterales. Se restringe el llamamiento sucesorio al cuarto grado, aceptando el hecho evidenciado por la realidad social de que la familia como parentesco se ha reducido y reconfigurando, de esa forma, el tránsito operado en la moderna legislación civil. Por otra parte, con técnica muy defectuosa se otorga vocación sucesoria a los hermanos extramatrimoniales, haciendo en lugar de un llamamiento expreso una referencia indirecta al establecer la prohibición hereditaria para los colaterales más alejados. Lo indicado hubiera sido aludir al supuesto en un artículo específico y por separado, como lo hicieron Bálioni y la Comisión del 36, respetando de esa forma el método del Código que ha considerado en capítulos distintos cada orden sucesorio. En tercer lugar, re

corrige el excesivo rigor de Vélez otorgando llamamiento al medio hermano.

La décimo tercera suprime los bienes reservados, instituto que si bien obedecía a principios de justicia, la ausencia de normas reguladoras lo convertía en blanco de la crítica.

La décimo cuarta modifica los medios imaginados por el Código para el resguardo de la legitimia. En primer lugar se ha cambiado el momento en el cual debe determinarse el valor de las donaciones, estableciéndose que será el de la apertura de la sucesión. Las mismas críticas que formulamos al referirnos a la colación, son aducibles aquí. En segundo término se corrige la infidelidad cometida con el criticado "aunque" del artículo 3604. Desgraciadamente la reforma se ha detenido tan sólo en la corrección del vocablo, sin salvar otras deficiencias de la norma: ésta sigue ostentando la misma contradicción conceptual al hablar de entrega de bienes en plena propiedad con reserva de usufructo. En tercer término, aunque fuera del Libro IV pero con referencia a él, se ha extendido el número de los legitimados activamente para entablar las acciones de reducción.

La décimo quinta consiste en el cambio de soluciones para la preterición de herederos, mediante una redacción del artículo 3715. La modificación hace ostensible una línea general de la reforma consistente en el apartamiento de las soluciones del derecho patrio y que, al corregir las originalidades de Vélez, nos convierte en mayores tributarios del derecho francés. Importa advertir que si la aspiración era que la preterición no anulara la institución de herederos, debió plasmarse en una norma más feliz ya que el artículo 3715, en su nueva redacción, aparece como superfluo puesto que los remedios pueden jugar sin él aplicando las reglas imaginadas por el codificador.

La décimo sexta consiste en la nueva redacción dada al artículo 3749, precepto que otorga el llamamiento a los descendientes del desheredado. Se ha usado una fórmula similar al supuesto de indignidad y, por tanto, tan criticable como aquella.

La décimo séptima corrige la desigual circunstancia en que se encontraban marido y mujer, modificando un precepto que desde la sanción de la ley 11.357 mostraba su desajuste con el nuevo sistema de la sociedad conyugal. Se otorga ahora, a ambos cónyuges, la facultad de legar un bien ganancial cuya administración le esté reservada.

La décimo octava implica también un apartamiento del derecho patrio y, enrolándose en el derecho francés, la reforma modifica la solución de Vélez estableciendo que el testamento posterior revoca al anterior sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste.

La décimo novena, por último, está referida a la prescripción en materia hereditaria y se proyecta en dos aspectos. Por

una parte se ha disminuido el término de prescripción en la acción de partición de herencia, el que se reduce a veinte años. Por otra, se ha querido corregir el notorio desajuste que en el supuesto de ausencia con fallecimiento presunto había producido la ley 14.394 con respecto a la prescripción preceptuada por el Código. La solución ha sido poco afortunada, tanto en la fijación del comienzo del término como en la enunciación de los comprendidos en la norma. Importa advertir que mucho más deseable que la regulación de supuestos excepcionales hubiera sido que se calmara un vacío que permanentemente ha preocupado a nuestra doctrina, como es el de la prescripción en materia de partición de herencia.

Este es, a rasgos muy grandes, el panorama de la reforma en materia sucesoria. Hubiera sido deseable entrar en ella con mayor detenimiento, pero las limitaciones de tiempo a las que se agregan las de vuestra paciencia, de la que hemos abusado con exceso, hace que tengamos que detenernos en esto. De todas formas, el ligero repaso nos permite llevar a la categoría de aserto el inteligente título que los organizadores han dado a este acto: supervivencia y perdurabilidad del Código Civil. Porque señores, preciso es reconocer que no obstante algún exótico injerto, no obstante la poda de alguna rama ya vieja, no obstante el rodríguez que se ha arimado a otras, torcidas tal vez más que por su mala conformación por las colgaduras de atrevidos trapezistas jurídicos, el viejo tronco de Vélez mantiene casi intacta su lozanía y su sombra prodigiosa seguirá cobijando la vida civil argentina.

Muy lejos estamos de los fetichismos o de las devociones incondicionales y de reclamar, como lo hiciera Bigot de Preameneu, un respeto religioso para el Código Civil al que calificó de Arca Santa. Todas las instituciones son perfectibles y si las civilizaciones descubrieron por Valery que eran mortales, preciso es admitir que ninguno de sus productos será eterno. Las alteraciones sociales suelen rebasar el contenido substancial de las normas y superan las previsiones más generosas del legislador. Como gente joven somos sensibles a ello, pero esto no implica un menosprecio del pasado. Este acto y las cosas que mis colegas han dicho evidencian que está permanente en nosotros la decisión de encauzar los valores de nuestra tradición jurídica aventando, si es preciso, los pretendidos piadosos mantos. Y nada mejor que esto puede ocurrirle a un país: gente joven con vocación de honrar.

Nos reunimos para tratar el tema "supervivencia y perdurabilidad del Código Civil"; es decir, para plantearnos dos interrogantes: ¿sobrevive aún el espíritu del Código Civil a través de la reforma? ¿Perduran las instituciones creadas por Vélez después de 100 años? Y la respuesta a estos interrogantes, quizás sea más difícil en materia de derecho de familia, que con relación a las otras ramas del Derecho civil, desde el momento que el derecho de familia ha sufrido modificaciones sustanciales en estos cien años. Tan es así que al derecho de familia se refirió la primera de las reformas al Código Civil: la ley 2393 sancionada en noviembre de 1888, es decir, antes de que pasaran 20 años de la sanción del Código Civil, lo que es tanto más paradójico cuanto sólo dos años antes de la sanción del Código, la ley de matrimonio civil santafesina, dictada como consecuencia del ejercicio transitorio de las facultades legislativas sobre materias de fondo por parte de las legislaturas provinciales, había causado tal conmoción que terminó con su derogación a los pocos meses de sancionada. Sin embargo, pone de manifiesto la actual evolución de las ideas en aquel momento, la circunstancia de que sólo veinte años después el matrimonio civil se transformase en institución nacional, mediante la modificación introducida al Código Civil, que sólo contemplaba el matrimonio religioso. Y no fue sólo ésta la modificación profunda al Código Civil en materia de derecho de familia. Para no abondar mucho, cabría señalar sólo tres importantes modificaciones. En 1926 la ley 11.357, llamada de derechos civiles de la mujer, por la cual se alteró sustancialmente el régimen de administración de la sociedad conyugal ideado por el codificador. En 1948, la ley 13.252 de adopción, que restableció como institución jurídica en nuestro derecho la adopción, que había sido dejada de lado por Vélez, a pesar de estar incluida en la legislación española anteriormente vigente en el país. En 1964, la ley 14.367 que modificó también sustancialmente el régimen de filiación ilegítima.

Nos planteamos entonces estos dos interrogantes a que antes he hecho referencia y se nos presenta a través de estas modificaciones, y en especial a través de aquella primera modificación, la cuestión de saber si perdura el espíritu del codificador, si perdura la institución creada por el codificador, en ese aspecto fundamental del derecho de familia que es la regulación jurídica del matrimonio.

\* Profesor Titular (1) de Derecho Civil V.

Sin embargo, a través de esta profunda modificación del régimen jurídico del matrimonio, subsiste lo que hay en él de fundamental: la consideración del matrimonio como una institución, a que Vélez hace referencia en la nota al título del matrimonio y pone en aquel momento frente a frente con la concepción contractual que venía de las ideas desarrolladas en Francia a partir de la revolución de 1789.

Vélez, en la nota al título del matrimonio, comienza por hacer referencia a la concepción contractual canónica, que pone el acento en el aspecto contractual del matrimonio, para tener en consideración el consentimiento de los esposos y no para regularlo como un contrato; reseña también la concepción contractual francesa, y expresa palabras que voy a repetir y que ponen de manifiesto el avance de las ideas del codificador en este aspecto, en cuanto hace referencia a la institución del matrimonio, doctrina que sólo estaba apenas esbozada fuera de nuestro país. Dice Vélez: "Un hecho de la importancia y resultados del matrimonio no podría descender a las condiciones de una estipulación cualquiera. La sociedad no marcharía a la par de las leyes; serían necesarias tantas excepciones al contrato, que vendría a quedar sin ninguno de los principios que sirven de base a las convenciones particulares. Había otra manera de considerar el acto, que dejaba completamente libre al legislador para formular las condiciones todas del matrimonio, y era reputarlo como una institución social fundada en el consentimiento de las partes; y entonces, las peculiaridades de su naturaleza, su carácter y la extensión de las obligaciones, tan diferentes de las de los contratos, podían corresponder al fin de su institución. Como bajo este punto de vista consideraremos al matrimonio, pondremos un notable párrafo de Lord Robertson, en sus notas a Ferguson sobre el matrimonio y el divorcio, que responderá a todas las objeciones jurídicas que puedan hacerse a los artículos de este título".

Transcribe seguidamente el codificador, palabras de Lord Robertson y más adelante palabras de Savigny en las cuales no se utiliza el vocablo institución. Lo de institución social, parece así puesto originariamente por Vélez en nuestra doctrina jurídica; el primer ejemplo de la doctrina nacional, son precisamente las notas del codificador. En la transcripción de Lord Robertson se halla la indicación de que el matrimonio es un contrato sui generis diferente de todos los otros y al cual no le son aplicables las reglas que los gobiernan; se señalan sus diferencias, en especial que los derechos y obligaciones de los esposos no son reglados por las partes sino por la ley, y se dice que confiere legitimidad a los hijos, que da nacimiento a las relaciones de consanguinidad que dominan todo el sistema de la sociedad civil, que puede celebrarse a una edad en que no son permitidos los contratos y que en las naciones civilizadas no puede disolverse de mutuo

consentimiento. No es extraño pues que los derechos, deberes y obligaciones que nazcan de tan importante contrato no se dejen a la voluntad de los contratantes sino que sean regidos por las leyes del país". Está en estas palabras de Lord Robertson, la concepción institucional del matrimonio, definida y caracterizada como la conocemos actualmente, pero sin usar la palabra institución.

Transcribe luego un párrafo de Savigny, que critica también la concepción contractual del matrimonio, diciendo que no se puede pretender colocarlo al lado de la venta o sociedad, como un mero contrato consensual, que por una singular inadvertencia olvidaron los romanos. "Cuando el sacerdote pregunta a los esposos si quieren prometerse amor y fidelidad hasta la muerte, y los esposos hacen la promesa, esta declaración no implica la promesa de ciertos actos determinados, ni la sumisión a una ejecución jurídica en el caso en que estos actos no se cumplieren; esa promesa significa sólo que los esposos conocen los preceptos del cristianismo sobre el matrimonio y que tienen la intención de conformar a ellos toda su vida".

Hay aquí, entonces, en Vélez, el recogimiento de opiniones vertidas fuera del país respecto a la naturaleza jurídica del matrimonio; pero también hay palabras propias, la caracterización del matrimonio como institución social. Mientras tanto en Francia, llegamos todavía a fines del siglo pasado, cuando autores como Haudry Lacantinerie, sostiene simplemente, sin ninguna explicación que el matrimonio es un contrato; claro que sin que por ello caigan en la ingenuidad de sostener que sea regido por las normas referentes a los contratos o convenciones del derecho civil patrimonial, sino regladas por normas distintas.

Se adelantó entonces Vélez a la doctrina jurídica de su época, calificando al matrimonio como institución social. Y volviendo a Francia, es recién en este siglo que se desarrolla, aun cuando tuviese su germen anterior, la teoría del matrimonio como institución. Es en 1820 Lefebvre, quien se pregunta en el título de una de sus obras "Le mariage civil n'est il qu'un contrat"? ¿El matrimonio civil no es sólo un contrato? Es Bonnetas en "La filosofía del Código Napoleón aplicada al derecho de familia", en 1824, y en el suplemento al Tratado de Haudry Lacantinerie en 1828, quien desarrolla la tesis de que el matrimonio es una institución jurídica, aunque distingue —distinción que desde entonces tiene asiento en la doctrina francesa— entre el acto jurídico (y no contrato) de matrimonio, y la institución derivada de él, es decir, el conjunto de normas que rigen las relaciones jurídicas entre los cónyuges. Y es también en 1830 que Renard aplica al matrimonio la teoría de la institución anteriormente creada por Hauriou. No queda lugar a dudas, en este primer aspecto de mi exposición, que el espíritu del codificador sobrevive

en la consideración del matrimonio como una institución, a la que él llamó institución social, pero que hoy podemos afirmar sin lugar a dudas, que se trata de una institución jurídica. Paradójicamente, hace pocos días se nos ha puesto de manifiesto —en un artículo publicado en una revista jurídica— que en defensa del carácter institucional del matrimonio, cuando se discutía o consideraba la sanción de la ley 17.711, salió el Episcopado Argentino, que reclamó que no se admitiese el divorcio por mutuo consentimiento, en forma que dicho mutuo consentimiento obligase al juez. En definitiva, la redacción del art. 67 bis de la Ley de Matrimonio Civil, llegó a una solución transaccional, en la cual el carácter institucional del matrimonio prevaleció sobre la voluntad de los cónyuges de desligarse del deber de cohabitación por su consentimiento, al permitir al juez denegar el pedido de separación suya de común acuerdo por ambos cónyuges.

## II

Me referiré a otro aspecto, al patrimonial, en el cual podría ponerse en duda, y ha sido puesta en duda, la supervivencia del espíritu del codificador.

La modificación de la ley 17.711 al régimen de disposición de los bienes gananciales ha sido trascendental. La disposición era, en principio, libre para marido y mujer de los bienes gananciales adquiridos por cada uno de ellos, de acuerdo con las disposiciones combinadas del Código Civil y de la ley 11.357.

La ley 17.711 ha venido a poner un límite a ese derecho casi ilimitado de disposición, a esa administración despótica de la sociedad conyugal, estableciendo para el administrador, que ahora es tanto el uno como el otro, de los bienes que adquiere, la limitación de necesitar el consentimiento del otro cónyuge para los actos de disposición de mayor trascendencia. Innovación fundamental, pero que tiene su germen en el mismo Código, en el art. 1807 inc. 2, que imponía al marido la necesidad del consentimiento de la mujer para poder hacer donaciones de bienes gananciales inmuebles.

Se presenta así la reforma de la ley 17.711 como un desarrollo de la norma del Código Civil, al ampliar la necesidad del consentimiento, requiriéndolo también para numerosos actos a título oneroso. Y esa disposición del art. 1807 inc. 2 reconocía un antecedente y una explicación en la Exposición de García Goyena, que decía al comentar el art. 1334 del Proyecto de 1851 —por el cual se permitía al marido enajenar y obligar a título oneroso los bienes gananciales— que decía sólo a título oneroso, pues "en este caso recibe un equivalente que se presume ha de redundar en provecho de la sociedad. Si hipoteca un inmueble

para la seguridad de un préstamo, o lo vende, se presume, de un lado que lo hace por necesidad, y de otro, que empleará útilmente el dinero o precio que recibe". Esta exposición de García Goyena trasunta las ideas de aquella época: la enajenación a título oneroso de un bien ganancial debía necesariamente llevar al patrimonio de la sociedad conyugal un bien equivalente. Pero cien años no han transcurrido en vano, y esos cien años han puesto de manifiesto que en muchos casos, por más que sea a título oneroso, no sea fraudulenta, la enajenación tiene por objeto burlar los derechos del otro cónyuge. De manera que la reforma, de acuerdo con una orientación iniciada por la ley de matrimonio sueca de 1920, seguida por Noruega, Finlandia, en la década del veinte, por Uruguay en 1946, por Portugal en 1965, por Paraguay en 1954, y España en 1958, requiere la conformidad o el consentimiento de los cónyuges aun para actos a título oneroso, cuando se trata de los actos de mayor importancia, como los actos referentes a inmuebles o muebles objeto de registro.

Esta disposición, que recoge la orientación de la legislación comparada de este siglo —que como dejamos establecido es una generalización del art. 1807 inc. 2 adaptada a las necesidades de nuestra época—, lleva, como me llevó antes la concepción institucionalista del matrimonio a responder al primer interrogante en el sentido de que sobrevive el espíritu del codificador, me lleva ahora a responder el segundo interrogante también en el sentido de que subsisten las instituciones del Código Civil, aunque perfeccionadas y adaptadas a nuestra época.

### III

Y para terminar quiero hacer referencia a una modificación <sup>sup. en el s. 1.º y en el s. 2.º de la ley de otros autores que se han...</sup> pronunciado sobre el particular es manifiestamente inconveniente. Me refiero a la reforma al art. 76 de la ley de matrimonio civil, art. 76 que era casi la transcripción textual del art. 213 del Código Civil, en su segunda parte. El art. 76 referente a la tenencia, llamada definitiva de los hijos del matrimonio, decía que los mayores de cinco años "se entregarán al esposo que, a juicio del juez, sea el más a propósito para educarlos, sin que se pueda alegar por el marido o por la mujer preferente derecho a tenerlos". Y explicaba el codificador en la nota al art. 213: "En casi todos los códigos se niega al esposo que ha dado causa al divorcio, el derecho de tener los hijos. Las leyes los dejan a cargo del cónyuge inocente, tenga o no aptitud para criarlos y educarlos; y agrega Vélez: "nada tienen que ver las relaciones del marido y la mujer con la conducta probable que uno u otro observarán con sus hijos. He creído que los hijos y el derecho a tenerlos, no

pueden ser objeto de pena al que diese causa al divorcio, que el mejor bienestar de los hijos debe sólo atenderse cuando se trata de la separación personal de los padres”.

Modificando esta norma tan bien fundada que no ponía el acento en la culpa o inocencia de los esposos para acordar la tenencia definitiva de los hijos, el art. 76 reformado establece que los mayores de cinco años quedarán a cargo del cónyuge inocente, a menos que esta solución fuese inconveniente para el menor. Y si ambos fueran culpables, el juez decidirá el régimen más conveniente al interés de los hijos según las circunstancias. Es decir, que contrariamente al criterio del codificador se pone en primer término la culpabilidad o inocencia de los cónyuges, y en segundo término el interés del menor, que es a lo que debería atenderse para reglamentar su tenencia. Y si bien se establece la excepción a este principio de permitir que el juez se aparte de él si la solución dada como principio es inconveniente para el menor, esto no obvia las dificultades. Y para demostrarlo, bastaría citar un caso, al que hace referencia el Dr. Llambías comentando la reforma al Código. Se trataba de un menor de casi seis años de edad. La esposa, la madre, estaba mentalmente afectada y debió ser internada; curada de su dolencia mental, recuperada su salud, salió de donde estaba internada, pero se negó a volver a convivir con el esposo. El divorcio se decretó por abandono como consecuencia de no haber vuelto a convivir, a pesar de que no había ninguna imputación de orden moral que formular contra ella. Evidentemente, por la edad del menor, era la madre quien estaba en mejores condiciones de procurarle un adecuado ambiente familiar. Y la Cámara Civil de la Capital resolvió este caso acordándole la tenencia del menor a la madre culpable del divorcio, como nuestra experiencia profesional o judicial nos indica que en muchos casos ocurre. Esta solución, de acuerdo con lo expuesto por Llambías, no habría sido posible con el texto actual, porque si bien era más conveniente para el menor ser atendido por la madre, no era inconveniente que fuera atendido por el padre, quien también gozaba de perfecto concepto moral. De manera que si nuestro texto actual hubiera regido cuando el caso se resolvió, la solución no habría podido ser la más adecuada para el caso. Y así es posible que se presenten numerosos supuestos en que la nueva norma dé lugar a este inconveniente resultado.

#### IV

En el primero de los temas que traté, llegué a la conclusión de que el espíritu del codificador subsiste; en el segundo, que las instituciones sobreviven, aun modificadas o perfeccionadas. En este tercer caso, debo decir que el espíritu del codificador no

subsiste, que sus normas han sido totalmente cambiadas; pero la respuesta a la reforma ya la dio hace cien años Vélez: el Código Civil en este aspecto era un avance sobre las legislaciones de su época, al poner el acento sobre la decisión en cuanto a la tenencia de los hijos en la mayor adecuación de uno u otro de los padres. Ahora se ha vuelto atrás. De manera que aquí voy a disentir con el Dr. Alterini, quien ha dicho que lo que la reforma tiene de bueno no es original y que lo original no es bueno. Acá se trata de una reforma que ni es original ni es buena, y en este aspecto particular la reforma del Código Civil —lamentable es decirlo— en 1968 nos ha llevado a 1868.