lecciones Y ENSAYOS

32

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires 1966

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

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

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

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

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

Por eso entregamos a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y ahorrándoles el tremendo esfuerzo de cubrir gastos.

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

Ignacio Winizky
(LECCIONES Y ENSAYOS, N° 1)

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Doctor Ignacio Winizky

CONSEJO DE PROFESORES

Guillermo L. Allende, Jorge A. Difrieri y Mario Justo López

CONSEJO DE REDACCION

Directora: Beatriz Alicia Areán

Subdirector: Jorge Manuel Roimiser

Secretaria de Redacción:

Elisa Díaz de Vivar

Secretarios Adjuntos: Felisa R. de Giralt y Emilio Osswald

Redactores: Manuel T. I. Río, Carlos A. Franzetti, Tulio Eduardo Ortiz, Sergio R. Alvarado

Secretario Coordinador: Mario R. De Marco Naón.

IN MEMORIAM

La figura de José María Peco acrecentada a través de los años, por la lucha y el estudio, cayó abatido lejos de la patria a que tanto de su esfuerzo consagró, jurista, profesor de las Universidades de La Plata y Buenos Aires, diplomático, en todas sus facetas trasuntó su inquebrantable fe en los valores trascendentes de la persona humana.

Nuestro homenaje al profesor y maestro.

ESTUDIOS

LA COOPERACION ECONOMICA INTERNACIONAL HASTA LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

ROBERTO T. ALEMANN

Prof. Adjunto de Economía Política

I. LA NECESIDAD DE LA ARMONIZACIÓN Y COOPERACIÓN ECONÓMICA INTERNACIONAL

La existencia de muchas naciones independientes, que manejan su propio sistema económico acorde con sus designios y métodos, requiere la solución de los problemas que se presentan en la comunicación monetaria, financiera y económica entre esas naciones. Las naciones como grandes unidades económicas, necesitan del intercambio de bienes y dinero con las otras naciones. Si todas respentan las mismas reglas y ninguna sigue políticas económicas contrarias a las demás, no surge ningún problema, pero en los hechos ello no ocurre así. Por el contrario, no prevalecen reglas totalmente comunes en las relaciones económicas internacionales, ya que eso supone sistemas económicos análogos que siguen reglas internas similares. Por ello surgen diferencias en los enfoques para la solución de los problemas económicos internacionales y aparecen obstáculos en las relaciones económicas entre las naciones, para cuya superación se ha intentado la armonización y cooperación económica internacional de éxito variado.

Mientras la mayor parte del mundo vinculado económicamente entre sí mantenía un sistema monetario basado en patrones metálicos de oro y plata, las relaciones entre las naciones se resolvían en términos del valor relativo de ambos metales. La libertad de comercio, implantada después de las guerras napoleónicas y sólo limitada por tarifas relativamente reducidas y pocas prohibiciones directas, favorecía el movimiento de mercaderías y capitales conforme a las ventajas comerciales de los agentes en el mercado. En esas condiciones, la necesidad de armonización de las políticas nacionales no se plantea con mayor urgencia, y la cooperación internacional se traduce en el intercambio privado de bie-

nes y las inversiones de capitales, también privadas, en busca de ventajas comerciales. El sistema monetario se consideraba dado y no se discutía, la libertad de comercio, de capitales y de personas eran parte del sistema y las políticas económicas nacionales interferían relativamente poco en el movimiento de bienes, capitales y personas a través de las fronteras de los países.

La situación actual, nacida tras la transformación económica de la primera guerra mundial, ofrece un cuadro fundamentalmente distinto. La libertad de comercio está todavía fuertemente cercenada, el sistema monetario de los países ya no reposa sino indirectamente y al sólo efecto de los pagos internacionales sobre monedas metálicas, ni los capitales ni las personas se mueven con igual libertad como antaño. Las políticas económicas nacionales ejercen, por el contrario, un efecto considerable sobre el curso de las relaciones económicas internacionales. De ahí surge la necesidad permanente de armonizar las políticas y los sistemas económicos nacionales y de hallar formas efectivas de cooperación económica internacional como instrumentos complementarios en la permanente búsqueda del objetivo general de incrementar el bienestar de los pueblos.

II. Antecedentes

Durante el siglo XIX el mecanismo de ajustes monetarios funcionaba en torno al patrón oro, complementado por el patrón plata, y en función de los precios relativos entre uno y otro metal monetario. A los efectos de las relaciones monetarias internacionales, el patrón oro contó con más predicamento. Gran Bretaña adoptó el patrón oro después de las guerras napoleónicas en 1816. Los países del continente europeo, Rusia y Estados Unidos así como los países de América del Sud y Centro seguían afectos a la plata para sus monedas de circulación nacional, sin perjuicio de emplear el oro en los pagos internacionales. El oro y la plata se movían, además, de país en país según sus precios relativos de mercado y las paridades legales de los sistemas bimetalistas.

Las funciones que actualmente se denominan de cooperación internacional en materia monetaria, las ejercían algunos banqueros prominentes, en especial los que dirigían los principales bancos de cada país, tales como el Banco de Inglaterra y el Banco de Francia, y las casas financieras con vinculaciones internacionales como los Rothschild. Los gobiernos eran ajenos a esas relaciones, sin perjuicio del interés que tomaban en las mismas como responsables del sistema monetario interno y de las tesorerías nacionales.

En materia comercial, cabe recordar los antecedentes de las uniones aduaneras que vincularon territorios aduaneros independientes pa-

ra lograr la formación de uno solo. Desde la declaración de la independencia de las trece colonias norteamericanas hasta la adopción de la constitución, prevaleció una unión aduanera entre ellas, que terminó en un solo territorio aduanero al pasarse de la Confederación a la Unión como forma política. El imperio alemán se formó a mediados del siglo XIX, sobre la base de una unión aduanera de los reinos y principados alemanes, llamada asociación aduanera (*"Zollverein"*), y concluyó también en un solo territorio aduanero bajo una bandera política única. Las Provincias Unidas del Río de la Plata siguieron también la práctica administrativa establecida en las postrimerías del Virreynato y mantuvieron, de hecho, una unión aduanera entre sí hasta que la incorporación definitiva de Buenos Aires configuró la República Argentina, territorio aduanero y político único. El impulso hacia esta forma de cooperación y armonización comercial entre unidades económicas separadas, era, en los tres casos citados, netamente político.

III. Las primeras conferencias económicas internacionales

En la década de 1860 a 1870, aparecen los primeros esfuerzos de cooperación internacional en el campo de las comunicaciones como consecuencia del progreso que se había operado hasta entonces. Se creó la Unión Postal Universal en 1863 y la Unión Telegráfica Universal en 1865. Un congreso estadístico en 1863 y la convención de Ginebra para la protección de los heridos de guerra en 1865 crearon esperanzas dirigidas a una internacionalización progresiva, que alcanzaron también el campo monetario.

En 1865, Napoleón III formó la Unión o Liga Latina con Italia, Bélgica, Suiza, y Grecia, basada en el franco como unidad monetaria y la moneda de cinco francos y 25 gramos de plata como pivote del sistema. Francia, la nación más poderosa del grupo, mantenía el sistema con sus reservas metálicas. En un intento de extenderlo a otros países, Napoleón III invitó en 1867 a otros gobiernos para destacar representantes a una conferencia monetaria que tuvo lugar ese año en París. Francia sugirió allí que el dólar sea redefinido en término de la moneda de cinco francos y que su representación bimetalística sea una pieza de oro muy pequeña y una moneda de plata. Prevaleció en cambio, la opinión de que el bimetalismo debería ser reemplazado por el patrón oro, y se aprobó por unanimidad una resolución en favor de un patrón común, con nueve décimos de fino, que no fue definido en términos de contenido metálico.

Otra conferencia monetaria internacional tuvo lugar en París en 1878; la iniciativa partió de los Estados Unidos en un intento, vano por cierto, de lograr una relación internacional entre el oro y la plata, puesto que el gobierno acabada de ser comprometido legalmente a sos-

tener el precio de la plata para satisfacer los intereses de los productores del metal. La conferencia fracasó. El bimetalismo ya estaba de capa caída. Alemania venía de abandonar el patrón plata y su ejemplo sería seguido por muchos países, también los Estados Unidos.

En 1881 se realizó otra conferencia internacional, convocada conjuntamente por Estados Unidos y Francia; tampoco se logró acuerdo alguno, ya que la declinación del precio de la plata lo impedía. Francia había tenido un interés en la conferencia, por que perdía oro y era inundada por plata en virtud de su insistencia en mantener una relación fija entre las dos monedas, aunque ya en 1878 los miembros de la Unión Latina habían abandonado la libre acuñación de plata.

El último intento de salvar el bimetalismo de oro y plata lo hicieron los Estados Unidos en la conferencia que convocaron en 1892 en Bruselas y que fracasó como las tres anteriores.

Si para algo sirvieron estas conferencias, fue para demostrar internacionalmente que el bimetalismo con relaciones legales fijas no podía subsistir cuando la oferta y demanda de ambos metales en el mercado formaba precios diferentes, que sólo coincidían transitoriamente con los oficiales. El oro, con mayor valor monetario que la plata, se impuso como patrón de las transacciones internacionales y base de los sistemas monetarios nacionales, en tanto que la plata era gradualmente desplazada en las transacciones internas de los países por el papel moneda y los depósitos bancarios. La necesidad de una armonización internacional, que había surgido por la insistencia política de los gobiernos de Estados Unidos y Francia de mantener un precio elevado para la plata, desapareció con la uniformación del sistema monetario internacional en base al patrón oro. No se realizaron más conferencias internacionales hasta concluída la primera guerra mundial.

Bajo el patrón oro, como se desarrolló hacia fines del siglo XIX, la armonización monetaria internacional estaba dada por el sistema mismo. La moneda de cada país estaba definida en un contenido determinado de oro metálico fino y los billetes eran convertibles a una paridad determinada en oro. La libre circulación internacional del metal monetario a las paridades nacionales resultaba prácticamente en una sola moneda mundial. Mientras los gobiernos de los principales países, a la cabeza de todos Gran Bretaña, pero también Francia, Alemania y Estados Unidos, hicieron honor a su compromiso de convertir su moneda en oro a una paridad establecida, las cotizaciones monetarias sólo podían fluctuar entre los puntos del oro.

En materia comercial, tampoco se justificaba la necesidad de armonizar las diversas políticas nacionales. Eliminadas las restricciones administrativas del mercantilismo, el comercio internacional reposaba

sobre la libertad comercial y las tarifas aduaneras. Aún cuando algunos países como Gran Bretaña eran extremadamente liberales y eliminaron casi las tarifas a mediados del siglo XIX, en tanto que otros países como Francia, Alemania y Estados Unidos eran más proteccionistas y mantenían tarifas más elevadas, los niveles respectivos no justificaban una acción política concertada para armonizarlos o convenir bases comunes de política tarifaria.

Una excepción lo constituyó el caso europeo del azúcar, cuya producción se encontraba fuertemente protegida con tarifas y su exportación circunstancialmente subsidiada. En 1902 Gran Bretaña, Bélgica, Alemania, Francia, los Países Bajos y Austria-Hungría formalizaron un convenio —el primer acuerdo sobre una materia prima— por el cual se comprometieron a reducir las tarifas exageradas y aminorar los subsidios a la exportación del producto, permitiéndose el establecimiento de tarifas compensatorias contra países que subsidiasen la exportación. Gran Bretaña logró inscribir en el acuerdo las tarifas preferenciales que había concedido a sus colonias. El convenio rigió hasta la primera guerra mundial.

IV. La primera guerra mundial

El estallido de la primera guerra mundial afectó al sistema económico y monetario imperante en sus cimientos; de inmediato, se suspendió la conversión de las monedas nacionales a oro y los embarques internacionales del metal monetario fueron interrumpidos de hecho, por el riesgo que implicaban, o de derecho por medio de prohibiciones gubernamentales. Se trataba de una medida precautoria, sin intención de modificar el sistema monetario, pero en los hechos nunca más se volvió al patrón oro, tal como habían funcionado hasta entonces.

Al poco tiempo, la posición comercial y financiera de los Estados Unidos, hasta entonces un país predominantemente deudor de las potencias europeas, comenzó a modificarse, y cuando Estados Unidos entró en la guerra en abril de 1917, comenzó a facilitar considerables créditos a sus aliados, que llegaron a 10.000 millones de dólares y consolidaron la posición acreedora de ese país. Se sentó así el primer ejemplo de ayuda crediticia en gran escala, de gobierno a gobierno, como se difundiera durante y después de la segunda guerra mundial.

Terminado el conflicto, Estados Unidos retornó al patrón oro en 1919, pero bajo la nueva forma de patrón metálico en barras y no ya en monedas de oro. Gran Bretaña sólo retornó a la conversión de la libra a oro, también en barras, en 1925 y Francia le siguió en 1928.

En el interin, se ensayaron diversas formas de cooperación internacional. El problema de las reparaciones, planteado en el tratado de

Versalles, fue objeto de varias conferencias internacionales, hasta que la comisión de reparaciones determinó en 1929 el monto de la deuda. Posteriormente, ante la imposibilidad alemana de pagar sus compromisos, sumida como estaba la moneda del país perdedor en la inflación más atroz, se formuló el llamado plan Dawes para la emisión de un empréstito de consolidación. Más tarde, las conferencias de la Haya de 1929 y 1930, aliviaron la carga de los reembolsos con el llamado plan Young mediante la emisión de otro empréstito. De allí nació el Banco de Ajustes Internacionales para sustituir los organismos provisorios encargados de las reparaciones y oficiar de fideicomisario para el cobro de las anualidades y su distribución entre los acreedores para el servicio de los empréstitos Dawes y Young.

V. Las conferencias monetarias y económicas de posguerra

La inconversión de la posguerra y los efectos inflatorios del conflicto, indujeron a los gobiernos a buscar soluciones encaminadas al retorno al patrón oro en conferencias internacionales. La primera tuvo lugar en Bruselas en 1920, seguida por la de Génova de 1922, en la que se recomendó volver al sistema monetario basado exclusivamente en el oro, pero al mismo tiempo se consideró que las reservas monetarias podrían componerse, además del oro, de algunas divisas. Esta fue la base del sistema monetario internacional llamado patrón oro-divisa y surgió del deseo de economizar el empleo del oro, ya que el mismo sólo se empleaba para los pagos internacionales (de ahí su uso en barras) y numerosos nuevos países centroeuropeos procuraban hacerse de oro, con lo que provocaban una distribución desequilibrada de las reservas áureas. El sistema no era, por cierto, totalmente novedoso, pues antes de la guerra diversos bancos centrales mantenían libras esterlinas en sus reservas, si bien en proporciones relativamente reducidas.

Las transformaciones monetarias tan profundas fueron acompañadas por modificaciones igualmente trascendentes en materia de política comercial. Gran Bretaña, el país liberal por excelencia en materia tarifaria, introdujo en 1919 su primera tarifa aduanera en casi un siglo, y los nuevos países centroeuropeos, así como prácticamente todas las naciones aplicaron, unos antes y otros más tarde, tarifas proteccionistas que afectaron las corrientes tradicionales del comercio.

Gran Bretaña echó, también, las bases de sus preferencias a las colonias y dominios, al mantenerles tarifas más reducidas que las establecidas para el resto del mundo. Se consolidó así un sistema preferencial de raíces en el siglo XIX, cuando ya algunos países del Commonwealth le otorgaron a Gran Bretaña ventajas tarifarias.

Un intento de cooperación internacional para contrarrestar la tendencia autárquica en el comercio internacional, lo constituyó la con-

ferencia económica mundial de Ginebra en 1927, que redactó un proyecto de convención de prohibiciones con compromisos definitivos contra el uso de restricciones cuantitivas sobre el comercio y contra los controles de cambio, excepto bajo determinadas condiciones. La convención no fue ratificada.

El sistema de patrón oro-divisa funcionó deficientemente. Permitía el endeudamiento a corto plazo, sin ajustes monetarios internos, fomentaba la expansión monetaria en dos países al mismo tiempo cuando el aumento de las reservas en divisas de un país era la consecuencia de exportaciones de capitales del otro país, titular de la divisa-reserva, y no permitía el funcionamiento fluído de un mercado de oro. El retorno al patrón oro, aunque limitado al tráfico internacional de barras, se hizo sin que las economías nacionales hubiesen retornado o permitiesen el juego elástico de las reglas económicas que el funcionamiento normal del patrón oro requiere. Para superar los inconvenientes que se advierten en el patrón oro-divisa posterior a 1922, se formularon propuestas para intensificar la cooperación monetaria internacional. Más tarde, el *"Comité del Oro"* de la Liga de las Naciones propició la concentración de todas las reservas en divisas convertibles a oro en una organización internacional como el Banco de Ajustes Internacionales de Basilea, la cual a su vez debería redepositar las reservas en los países participantes del arreglo. Aquí radican algunos gérmenes de la cooperación monetaria de la posguerra de 1945 con la creación del Fondo Monetario Internacional.

VI. La cooperación económica internacional durante la crisis de 1930 hasta la guerra

La profunda crisis económica que afectó a todos los países a partir de 1930 aparejó iniciativas en el campo económico internacional para superar los problemas, al tiempo que los gobiernos se embarcaban en políticas extremadamente nacionales que sólo agravaban la situación. En setiembre de 1931 Gran Bretaña abandonó la conversión y la sustituyó por un sistema de moneda regulada, y casi todos los países europeos y varios sudamericanos y asiáticos aplicaron controles de cambio. En 1930 Estados Unidos puso en vigencia la tarifa Hawley-Smoot, que aumentó los derechos de importación a un gran número de productos básicos.

A) *La cooperación monetaria y financiera*

Cooperación entre bancos centrales. El antiguo vínculo monetario entre los bancos centrales para los movimientos de oro, adquirió nuevas formas durante la década de los veinte. Se fundaron varios bancos centrales en Europa, América del Sud y Asia, siguiendo las recomenda-

ciones de la conferencia de Ginebra de 1922, con la cooperación técnica de expertos de Gran Bretaña, Estados Unidos y la Liga de las Naciones. El establecimiento del control de cambios que siguió al abandono del patrón oro en un gran número de países, obligó a estrechar los vínculos de cooperación entre los bancos centrales a cuyo cargo corría la administración de los cambios. Esa cooperación comenzó por la apertura de cuentas corrientes por parte de los bancos centrales más importantes a los países sin moneda-reserva. Asimismo, los bancos centrales prestaron asistencia técnica y entrenaron funcionarios de institutos nuevos de otros países.

El Banco de Ajustes Internacionales. La primera institución monetario internacional organizada para facilitar la cooperación internacional en materias monetarias y financieras fue el Banco de Ajustes Internacionales (BAI), con sede en Basilea. Esta entidad es una sociedad anónima, cuyos accionistas son los bancos centrales europeos y algunas personas privadas, y cumple diversas funciones: a) servir de fideicomisario para la liquidación de los empréstitos de reparaciones; b) facilitar la cooperación entre los bancos centrales mediante el otorgamiento de facilidades adicionales para operaciones financieras internacionales; c) ejecutar el plan Young; d) facilitar a los presidentes de los ocho bancos centrales europeos y los ex presidentes que siguen como miembros honorarios del consejo directivo, un intercambio informal de informaciones una vez al mes; e) actuar de centro de estudios e informaciones económicos y financieros; y f) llevar a cabo funciones especiales, como la liquidación de las cuentas de la Unión Europea de Pagos y actuar de agente del Acuerdo Monetario Europeo. El BAI recibe depósitos en oro y divisas de los bancos centrales accionistas y de organismos internacionales u otras instituciones públicas; en algunos casos, también los bancos comerciales efectúan depósitos. Coloca los fondos en valores líquidos, especialmente bonos del tesoro, y en alguna medida efectúa préstamos a bancos centrales; así, adquiere gran parte del oro nuevo de los países productores, incluso la Unión Soviética, compra el metal en los mercados libres de oro y lo vende a los bancos centrales para sus reservas. El BAI contribuye, asimismo, a la cooperación económica internacional con estudios y expertos en las conferencias internacionales desde la conferencia económica mundial de Londres de 1933. Atualmente, participa de las discusiones internacionales sobre la liquidez en el mundo. Sus informes anuales revisten una autoridad reconocida en materias económicas internacionales.

El área de la libra esterlina. Los orígenes del área de la libra datan del siglo XIX, cuando numerosos países exportadores de materias primas mantenían saldos en libras esterlinas en razón de la conveniencia que resultaba de la organización de los mercados comerciales en Gran Bretaña, la existencia de servicios eficientes (bancarios, seguros,

transportes, comunicaciones) y la provisión de productos manufacturados que importaban. Esa vinculación informal se mantuvo cuando Gran Bretaña abandonó el patrón oro en 1931, y constituyó lo que desde entonces se llama el área de la libra esterlina. Los países que entonces usaban a Gran Bretaña como banquero eran los del Commonwealth y otros no pertenecientes a la comunidad británica, como Japón, Argentina, Tailandia, Portugal y los países escandinavos.

Sólo después de la guerra, el área de la libra fue definida formalmente en la ley británica del control de cambios de 1947, que la limitó al Reino Unido, algunos dominios, dependencias y unos pocos terceros países. Las restricciones cambiarias de la guerra fueron eliminadas dentro del área, manteniéndose en las relaciones monetarias con países ajenos al área. Tras el restablecimiento de la convertibilidad de la libra a fines de 1958, se mantuvieron solamente limitaciones a las transferencias de capitales.

En la actualidad, pertenecen al área de la libra los países del Commonwealth, salvo Canadá, así como Kuwait y los protectorados británicos del golfo pérsico, Irlanda, Sudáfrica, Birmania, Islandia, Jordania y Libia. Irak se retiró en 1959. La participación en el área es voluntaria y significa la transferencia de las reservas monetarias al Banco de Inglaterra, que acredita a sus titulares las libras esterlinas correspondientes y les otorga facilidades en libras.

El área constituye una agrupación de países que mantienen reservas conjuntas en oro y otras divisas convertibles y respetan la libre convertibilidad para las transacciones corrientes dentro del área. Como forma de cooperación monetaria y financiera internacional, el área de la libra esterlina configuró una solución parcial al problema resultante de la inconversión mundial y los controles cambiarios.

Los fondos de estabilización. El abandono del patrón oro por parte de Gran Bretaña y Estados Unidos significó la sustitución de la libra y el dólar convertibles a los tipos legales por ambas monedas reguladas por las autoridades monetarias respectivas. En Gran Bretaña se instituyó la "cuenta de igualación de cambios" que sirvía para comprar y vender libras contra otras divisas y oro, a fin de asegurar el tipo de cambio. En Estados Unidos, tras las sucesivas devaluaciones del dólar por elevación del precio del oro del tipo legal de 20,67 por onza a 29,62 en agosto y 31,36 dólares en octubre de 1933 hasta la fijación de la nueva paridad a 35 dólares por onza el 31 de enero de 1934, se empleó la diferencia resultante para formar un *"fondo de estabilización"*, creado originariamente para defender la nueva paridad, lo que no resultó necesario. En cambio, en 1935 la Tesorería empleó secretamente el fondo de estabilización para sostener el franco francés.

En setiembre de 1936, Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia concluyeron el *Acuerdo monetario tripartito*, gestado durante la conferencia económica mundial de Londres (1933), por el cual se comprometieron a emplear sus respectivos fondos de estabilización para sostener las cotizaciones de sus monedas (Francia devaluó el franco al comenzar el acuerdo), sin recurrir a controles cambiarios. El acuerdo preveía variaciones de hasta el 10 % en las cotizaciones de cada moneda, sin consulta previa a los demás países.

A partir de entonces, el secretario del Tesoro de los Estados Unidos declaró su disposición de comprar y vender oro de y a los gobiernos británico y francés a 35 dólares la onza y ¼ por mil de comisión. Sobre esta declaración unilateral sigue reposando el tipo de cambio del dólar con el oro, y por ende, todo el sistema monetario mundial.

Según el acuerdo, cada gobierno podía denunciar sus compromisos con 24 horas de preaviso, por lo que el sistema se denominó *"el patrón oro de 24 horas"*. Más tarde, Bélgica, los Países Bajos y Suiza adhirieron al acuerdo, que configuró un antecedente directo del Fondo Monetario Internacional, basado en principios semejantes (tipos de cambio fijos, variaciones unilaterales del 10 % sin consulta, préstamos recíprocos de estabilización).

El sistema funcionó bien en Estados Unidos y Gran Bretaña. Estados Unidos lo expandió con la asistencia monetaria que la Tesorería prestó a otros países antes de la guerra, como los casos de la Unión Soviética y Brasil, que recurrieron al fondo de estabilización.

Gran Bretaña, que no tuvo un revalúo como Estados Unidos con la devaluación, creó la *"cuenta de igualación de cambios"* sin efectivo, empleando al efecto letras de tesorería que el Banco de Inglaterra vendía en el mercado cuando necesitaba libras para comprar divisas u otro y a la inversa, compraba los valores con las libras obtenidas mediante la venta de divisas u oro.

Francia, en cambio, gastó su fondo de estabilización de 10.000 millones de francos y se vió obligada a devaluar y recurrir a controles cambiarios al comenzar la guerra. Los fondos de estabilización, en particular el que se creó con el revalúo del oro frente al dólar, sirvieron con cierta eficacia a los fines de la cooperación monetaria internacional en los años de la preguerra y contribuyeron a echar las bases sobre las cuales se reconstruyó el sistema monetario de posguerra.

B) *La cooperación comercial*

La conferencia económica mundial de Londres de 1933. Tras el fracaso de la conferencia económica de Ginebra de 1927 y las consecuencias catastróficas para el comercio mundial de las sucesivas medi-

das restrictivas y proteccionistas adoptadas por todos los países a partir de la primera guerra mundial, la Liga de las Naciones convocó otra conferencia mundial, que tuvo lugar en 1933 en Londres. En la misma se consideraron medidas para solucionar los problemas económicos que resultaban del nivel deprimido de los precios de las principales materias primas de comercio mundial y se recomendaron líneas de acción para acuerdos multilaterales o por productos. Como objetivo principal, se acordó que resultaba conveniente aumentar el ingreso de los productores de las materias primas mediante precios remunerativos, a cuyo efecto se señalaron requisitos generales respecto de los productos que serían objeto de acuerdo, los países participantes, la duración y, entre otras adicionales, las medidas complementarias de los países afectados como productores.

Como consecuencia de esa conferencia, se convinieron varios arreglos sobre productos básicos o materias primas. En 1937, la Liga de las Naciones constituyó una comisión para el estudio de los productos básicos, que llegó a conclusiones, puramente informativas, sobre el comportamiento de los precios, ingresos, producción y venta de las materias primas reguladas por acuerdos.

Los productos básicos regulados en esos años fueron los siguientes: *Trigo*: este alimento es, después del arroz, el segundo en importancia mundial y supera en valor de producción al carbón, maíz, petróleo, mineral de hierro, algodón, azúcar, tabaco y manteca, en esa secuencia, siendo uno de los primeros que resultó regulado por un acuerdo internacional. En 1933 se firmó un convenio de trigo en Londres, al que adhrieron 21 países, de los que nueve eran exportadores y 12 importadores. La Argentina participó del acuerdo. Los países importadores se comprometieron a reducir sus tarifas, siempre que el precio básico se hubiese mantenido durante un determinado período en el nivel convenido, y a limitar la siembra. Los países exportadores restringieron sus exportaciones mediante cuotas y los Estados Unidos y Canadá limitaron sus áreas de siembra. El convenio fracasó, porque el precio siguió cayendo y no se pudieron implementar las limitaciones de siembra. Se mantuvo, en cambio, la secretaría para proseguir con las consultas entre los países exportadores e importadores. En 1938, ante una nueva acumulación de excedentes que gravitaban pesadamente sobre el mercado con una demanda prácticamente constante de trigo, se intentó concluir un nuevo convenio. La guerra impidió llegar a buen fin.

Algodón. Las consultas y negociaciones para concluir un acuerdo algodonero mundial duraron varios años, y sólo en 1939 se constituyó en Washington el Comité Internacional Consultivo del Algodón" ("*In-*

ternational Cotton Advisory Committee" ICAC), al que se le dieron facultades exclusivamente informativas, de estudios sobre el mercado algodonero y de recomendaciones a los gobiernos. Fue, sin embargo, una de las primeras organizaciones internacionales relacionadas con un producto básico.

Caucho. El primer acuerdo sobre esta materia prima fue concertado en 1922 entre Gran Bretaña, Ceilán y Malaya, y cubrió alrededor del 70 % de la producción mundial. No regulaba la producción, sino determinó cuotas de exportación. Por los excedentes de las cuotas se aplicaban impuestos progresivos de exportación. El sistema funcionó hasta 1928. En 1934 se concertó un segundo convenio entre Gran Bretaña, Francia, India, Países Bajos y Siam, que cubría prácticamente la totalidad del comercio y la producción. El convenio regulaba las cuotas de exportación, los canales del comercio con enumeración taxatixa de los países vendedores y compradores, los inventarios, la producción y estableció la prohibición de la exportación de semilla a países no miembros. El convenio logró una estabilidad notable de los precios, y a niveles relativamente elevados, por lo cual se le atribuye cierta responsabilidad en la rápida sustitución por sintéticos que experimentó a partir de entonces la economía del caucho; fue denunciado definitivamente en 1944 y sustituído por un grupo de estudios del caucho, limitado a investigaciones sobre los mercados del producto.

Estaño. El primer intento internacional de regulación de este metal, en cuya producción y comercialización intervienen relativamente pocos países, data de 1921, cuando se formó el "pool de Bandung" entre los estados malayos y las Indias Holandesas para absorber sobrantes de producción y evitar caídas de precios. En 1929 se constituyó una asociación de productores de estaño con participación de firmas británicas, holandesas y bolivianas. La formación de excedentes llevó a la creación de un comité internacional del estaño en 1931, con participación originaria de Bolivia, Malaya, las Indias Holandesas y Nigeria, al que adhirió más tarde Estados Unidos. En su seno se concertaron sucesivos convenios internacionales del estaño (1933, 1937, 1942), con regulación de cuotas de exportación variables según las condiciones del mercado, inventarios y producciones. En 1938 se formalizó un acuerdo para fomentar la investigación técnico-científica del producto.

Azúcar. Después del primer convenio sobre el azúcar, del año 1902, ya comentado, se iniciaron estudios en la Liga de las Naciones en la década de 1920. Sólo Cuba restringió voluntariamente su producción. En 1931 se concertó un acuerdo entre los principales países exportadores a los mercados libres: Bélgica, Alemania, Yugoeslavia, Cuba,

Perú, Polonia, Checoeslovaquia y Hungría. Se previó la eliminación de los excedentes mediantes su distribución en cinco años, la fijación de cuotas de exportación y la limitación de la producción a la demanda. Para supervisar el convenio, se constituyó el Consejo Internacional del Azúcar con sede en La Haya. En 1937 se concertó en Londres en el marco de la Conferencia mundial de ese año un nuevo acuerdo, al que adhirieron 22 países, que regulaba las cuotas de exportación, imponía a los productores del Commonwealth la limitación de sus ventas preferenciales a Gran Bretaña, los inventarios y la limitación de la producción local de los países importadores. El acuerdo fue reconducido a su vencimiento en 1942 hasta 1950.

Madera. En 1935 los países europeos formalizaron la convención maderera europea que reguló y distribuyó los mercados y rigió hasta a guerra. Con posterioridad a la misma, los problemas de la madera se tratan en la FAO.

Café. El primer acuerdo sobre este alimento, que se producía preponderantemente en el Brasil y se consumía en un 50 % en Estados Unidos, fue concertado en 1940 en Washington. Previa cuotas de exportación y duró hasta 1948.

Carne vacuna. En 1933 se acordó entre Gran Bretaña como principal consumidor y sus proveedores Argentina, Australia, Brasil, Dinamarca, Irlanda, Nueva Zelandia y Uruguay un convenio que regulaba las entregas de los abastecedores al mercado británico mediante cuotas. El convenio rigió hasta la guerra.

Té. El primer convenio internacional sobre el té lo firmaron en 1933 Ceilán, India y las Indias Orientales Holandesas; convinieron cuotas de exportación y limitaciones a la producción. En 1936 se concertó otro acuerdo con participación de más países productores de Asia y Africa, que siguió en vigencia durante la guerra.

Plata. La conferencia económica y monetaria de Londres de 1933 fracasó en sus objetivos monetarios, ya que no logró establecer un sistema de estabilidad monetaria ante la negativa del gobierno estadounidense. En cambio, un subcomité de la conferencia logró un acuerdo limitado a la plata entre Estados Unidos y algunos países productores, por el cual los participantes se comprometieron a comprar plata bajo determinadas condiciones que, en la práctica, sólo obligaron a Estados nidos a adquirir cantidades convenidas del metal a los productores locales. Ratificado el convenio, el gobierno estadounidense compró plata a los productores a precios superiores a los internacionales, sin que los demás países participantes tuviesen compromisos similares, de modo

que el acuerdo era internacional sólo en su forma, toda vez que su principal objetivo era de política interna: ayudar a los productores de plata.

El Commonwealth británico y las preferencias imperiales de Ottawa (1932). El imperio británico evolucionó en la interguerra a una nueva forma de asociación, formalizada con el estatuto de Westminster de 1931, que reconoció una mayor autonomía de los miembros. La comunidad británica de naciones (*"British Commonwalth of Nations"*) que se formó entonces, consolidó y amplió las preferencias tarifarias existentes mediante un acuerdo adoptado en la conferencia imperial de Ottawa en 1932, coincidente con la nueva tarifa aprobada ese año por Gran Bretaña.

El sistema de las preferencias previó dos tipos de ventajas tarifarias: por un lado, el mejor tratamiento aduanero concedido por Gran Bretaña a importaciones de productos previamente convenidos en derechos también preconcertados, en comparación con el tratamiento a terceros países; por el otro lado, cada uno de los países integrantes del *"área preferencial del Commonwealth"* otorgó a determinados productos británicos un tratamiento arancelario preferencial, que no extendía a terceros proveedores. En ambos casos, quedaba sin efecto, para los productos en cuestión, la claúsula de la nación más favorecida que, por definición, excluye las preferencias a favor de determinados productos y proveedores.

Componen el *"área preferencial"* del Reino Unido, los dominios, que son independientes, las dependencias y los protectorados, así como Irlanda, Birmania, Sudán y Sudáfrica, que abandonaron el Commonwealth, pero mantienen las preferencias.

Los países del *"área preferencial"* que ingresaron al GATT, obtuvieron del mismo la autorización, llamada dispensa (*"Vaiver"*), de continuar con las preferencias, con la prohibición expresa de extenderlas o aumentarlas, salvo para el Reino Unido con relación a las importaciones de los países del Commonwealth fuertemente dependientes del mercado británico.

Alrededor del 50 % de las exportaciones y 55 % de las importaciones en el Reino Unido con relación al comercio con el "área preferencial" se benefician de las preferencias. El intercambio del Commonwealth cubre cerca del 30 % del comercio mundial, cifra que mide la considerable magnitud del mismo y la importancia de las preferencias instuídas en 1932, aun cuando su impacto efectivo tiende a disminuir como consecuencia de negociaciones encaminadas a rebajar las tarifas

en el GATT. Se estima que el margen de preferencia media en el comercio del Reino Unido con el Commonwealth alcanza actualmente al 6 %.

La ley de acuerdos comerciales recíprocos de Estados Unidos. Los Estados Unidos practicaron tradicionalmente una política comercial proteccionista; reconocieron el principio no discriminatorio de la cláusula de la Nación más favorecida sólo en 1923, pero en 1930 volvieron a aumentar sus niveles arancelarios con la tarifa Hawley-Smoot. Hasta entonces, la tarifa aduanera se consideraba como una parte de la legislación interna que no era susceptible de negociación internacional. En 1934, el gobierno de Roosevelt logró la aprobación parlamentaria de la ley que autorizaba al Poder Ejecutivo a negociar rebajas tarifarias de hasta el 50 %, con reciprocidad. En uso de esas atribuciones, Estados Unidos negoció muchos convenios comerciales, basados en la cláusula de la Nación más favorecida, que preveían la reducción de las tarifas de determinados productos a cambio de rebajas arancelarias de otros artículos.

Esos acuerdos solían congelar tarifas para los productos negociados, de modo que las partes no podían aumentarlos mientras durase el acuerdo. Las negociaciones procuraban lograr una equivalencia de valor comercial, medida aproximadamente en el valor del mayor mercado que se podrían lograr como consecuencia de la rebaja arancelaria. La suma de los mercados ampliados, medida en una misma moneda, debía coincidir aproximadamente con la suma de los nuevos mercados de venta que estimaba obtener el otro país como consecuencia de las reducciones arancelarias estadounidenses. Por virtud del principio de la Nación más favorecida, ambos países aplicaban las rebajas a terceros países con los cuales habían convenido esa regla, de modo que la serie de acuerdos recíprocos concertados por Estados Unidos a partir de 1934 tuvo un gran impacto de armonización y cooperación comercial en un mundo comercialmente dividido en compartimientos poco menos que estancos.

Estados Unidos y Argentina concertaron un acuerdo sobre esas bases en 1941, que sigue en vigor. Iguales principios de negociación comercial mediante rebajas de tarifas por productos y aplicación de la cláusula de la Nación más favorecida dieron vida en la posguerra al GATT. En el curso de un cuarto de siglo, la ley de acuerdos comerciales recíprocos tuvo un efecto notable. En 1958, las tarifas de Estados Unidos sólo representaban un 17 % de las tasas existentes en 1934. En el período 1931-1935, las tasas sobre las importaciones sujetas a derechos bajaron el 50 % de su valor; en 1961, esa tasa promedio apenas alcanzaba el 12%.

Aparte del sistema comercial abierto, sujeto a reglas de mercado y tarifas aduaneras, Estados Unidos practica una política de restricciones cuantitativas para la importación de ciertos productos, generalmente agrícolas y minerales, y conviene cuotas o cantidades determinadas de importaciones con otros países para ciertos artículos (azúcar, tejidos de algodón).

Convenios bilaterales de trueque o cuentas. Mientras Gran Bretaña y Estados Unidos mantenían su comercio lo más abierto posible, los países del continente europeo, de América del Sud y algunos asiáticos establecieron controles de cambio que significaban regulaciones comerciales directas. Desde el momento en que las importaciones quedaban sujetas a permisos o licencias de cambio, la cláusula de la Nación más favorecida había sido, de hecho, relegada al segundo plano del despacho aduanero, pero ya no regulaba las corrientes mercantiles. Lo mismo valía, aunque en menor grado, para las exportaciones cuyas divisas debían ser negociadas obligatoriamente en un plazo fijado.

La proliferación de los controles de cambio y las prohibiciones o regulaciones de importaciones mediante licencias obligó a los gobiernos a buscar del equilibrio comercial bilateral mediante acuerdos con otros gobiernos que seguían políticas cambiarias y de importación análogas. Así se concertaron muchos convenios bilaterales que preveían cuentas entre los bancos centrales en la moneda de uno de los dos países o de un tercer país, generalmente el dólar por su convertibilidad en oro, y se asignaban cantidades o valores de productos del intercambio en ambas direcciones durante determinados períodos, preferentemente un año. El comercio tendía a equilibrarse, aun cuando se preveían posibles sobregiros de uno u otro país durante la ejecución del convenio, a medida que se anotaban en las cuentas de los dos bancos centrales las operaciones comerciales y otras convenidas. Otros convenios, en lugar de prever las anotaciones en cuentas, establecían trueques de mercaderías o grupos de productos por valores equivalentes.

Tratábase de formas de cooperación económica internacional encaminadas a reabrir las corrientes comerciales interrumpidas por actos de los gobiernos. Los controles de cambio, los cambio múltiples, las regulaciones del comercio exterior y los convenios bilaterales fueron sustitutos pobres del comercio abierto, regido por reglas de mercado y tarifas razonables, ya que obligaban a comprar donde era más caro y vender a menor precio, aunque se encubrieran las verdaderas relaciones de precios con aumentos convenidos.

Las preferencias regionales. El sistema de cuentas bilaterales y trueques desarrollados durante la preguerra llevó, en algunos casos, al esta-

blecimiento de preferencias para ciertos países y regiones. Alemania practicó esa política en Europa a favor de ciertos países del Este europeo, y en América del Sud se fue creando un área de preferencias por la Argentina en su comercio con los limítrofes y Perú, a los cuales otorgaban condiciones cambiarias más ventajosas que a terceros países o regiones. Esas preferencias fueron luego reconocidas en los acuerdos comerciales firmados con terceros países y evolucionaron hasta la zona latinoamericana de libre comercio (ALALC). El reconocimiento de las preferencias cambiarias y aduaneras significa que los terceros países resignan su derecho de reclamar igual tratamiento para los mismos productos por imperio de la cláusula de la Nación más favorecida. En general, se trataba de un intercambio de materias primas o productos de poca elaboración, de manera que no competía, en los hechos, con las ventas de los países de ultramar en la región meridional del hemisferio occidental.

FUNCIONAMIENTO DE LA SEPARACION DE PATRIMONIOS EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

JOSÉ F. BIDAU

Prof. titular (i) de Derecho Civil V.

1. — Es principio fundamental en el derecho de las obligaciones el que determina que el patrimonio del deudor es la garantía con que cuentan sus acreedores. Pero, como las relaciones jurídicas producen sus efectos aún después de la muerte del obligado y la aceptación de la herencia por sus herederos produce la confusión de los patrimonios de los mismos con el del causante (art. 3342 C. C.), puede ocurrir que el acreedor de una persona solvente se vea, como consecuencia del deceso de ella, frente a nuevos deudores carentes de la solvencia del desaparecido o que no merezcan la confianza de dicho acreedor, ya sea por no tener las mismas aptitudes para el trabajo que caracterizaban a aquél o cualquier otra causa. El peligro mayor resulta de la circunstancia de tener el heredero muchos acreedores, cosa que no ocurría con el de cujus y, por tanto, el acreedor de éste se vería ante el riesgo de no alcanzar el patrimonio del sucesor para hacer frente a su crédito.

Es para poner remedio a este peligro que desde el Derecho Romano existió siempre el instituto de la separación de patrimonios, como consecuencia del cual los acreedores de la herencia son preferidos a los del heredero para cobrarse sobre los bienes sucesorios. Pero esa medida, que en el Derecho Romano funcionaba como ejecución colectiva, en el sistema del Código Civil argentino se ha transformado en una mera preferencia que tienen los acreedores de la sucesión para cobrarse con los bienes de ésta antes que los particulares del heredero.

2. — Siendo así, no parece que exista otra oportunidad para hacer valer esa preferencia que la resultante de pretender el acreedor particular de uno de los herederos ejecutar alguno de los bienes hereditarios. Es decir que se trata de un conflicto entre ambas categorías de acreedores, en el cual, cuando no existe duda sobre la existencia de los dos

créditos, hasta parece inútil la intervención del heredero, deudor común en el caso.

3. — Es verdad que la aludida separación puede ser demandada colectivamente contra los acreedores del heredero o individualmente contra alguno o algunos de ellos o colectivamente contra toda la herencia o respecto de cada uno de los bienes de que ella se compone (art. 3438). Pero ese medio de ejecución colectiva es difícil que se produzca, salvo el caso de mediar embargos pedidos por todos o parte de los acreedores del heredero sobre todos los bienes de la herencia o, lo que resulta más probable, cuando se ha declarado el concurso o quiebra de la sucesión. Ya dijimos que este último se halla expresamente admitido por el art. 4º de la Ley de Quiebras y que es sin perjuicio de la responsabilidad ultra vires de cada heredero [1].

Cuando la sucesión está concursada o en quiebra, no hay duda que sus acreedores proceden a la liquidación colectiva de sus bienes, como si el causante se hallara vivo, lo que no les impide ejecutar también los demás bienes del heredero, si los del concurso son insuficientes, como ocurre en los casos más normales.

4. — Ya dijimos anteriormente que los acreedores del heredero no pueden ejecutar los bienes hereditarios antes de la partición [2]. Quiere decir que la oportunidad normal para hacer valer la separación de patrimonios será después de repartidos los bienes entre los herederos, al pretender algún acreedor de éstos cobrarse sobre dichos bienes del causante. Con anterioridad sólo cabrían medidas conservatorias.

5. — Si el alcance de la separación de patrimonios es el expuesto, según resulta de los arts. 3433, 3434 y 3445 del C. C., no se advierte cómo podría funcionar mediante una acción particularmente ejercida contra el heredero. Sin embargo, en la parte final de la nota correspondiente al primero de los artículos citados, Vélez Sarsfield dijo que, si no hay acreedores del causante, dicha separación se puede pedir contra el mismo heredero. Y cita a Demolombe, T. XVII, desde el nº 136.

Pero resulta que el autor francés no dice eso, sino que se manifiesta expresamente contrario a la tesis de la nota aludida. En efecto, luego de referirse a la opinión allí expuesta, en la parte final del núm. 136 agrega que no le satisface, como tampoco las otras dos sostenidas por la doctrina sobre el punto, es decir la que niega en todos los casos

[1] Ver nuestro reciente trabajo sobre la personalidad de las sucesiones en Revista Jurídica de Buenos Aires 1964, I-IV, p. 98 Nº 24.

[2] Op. cit. Nº 27 in fine.

la acción contra el heredero y la que la admite siempre. En el núm. 138 formula un distingo de otra índole entre el ejercicio mismo del derecho por los acreedores del difunto contra los del heredero para ser pagados con preferencia a éstos y los medios conservatorios de ese derecho que pueden intentar los primeros, a fin de evitar su decaimiento y reservarse la facultad de ejercerlo si hay necesidad de ello más tarde frente a los acreedores del heredero.

En una palabra, Demolombe admite que la acción de separación sólo cabe contra éstos; pero, mientras ellos no actúen sobre los bienes hereditarios, si los acreedores del difunto y los legatarios no pueden exigir todavía el pago de sus créditos o legados, por hallarse sujetos a término o condición, por ejemplo, están facultados para pedir las medidas conservatorias necesarias, a efectos de que su derecho no se convierta en ilusorio.

6. — Si se mira bien, a través de las enseñanzas del maestro francés, se advertirá que la discrepancia existente en la doctrina de nuestro país sobre la procedencia o no de la acción contra el heredero es más aparente que real.

Los que tienen la doctrina absolutamente negativa son sobre todo Machado (Comentario del C. C. T. IX, p. 11 y 13) y Fornieles (Sucesiones núm. 149, ed. 1931). Este último dice que "el principio de que la acción de separación ha de dirigirse contra los acreedores del heredero es absoluto y no tiene atenuación". Alude en seguida a la opinión de Demolombe a que ya hicimos referencia y agrega que lo que él admite son medidas conservatorias, cuando todavía no hay conflicto con los acreedores del heredero; pero sostiene que "esas medidas nada tiene que ver con la acción misma".

El resto de los autores se sujeta a la parte final de la nota puesta al art. 3433; pero Lafaille distingue dos especies de acción separatoria, una precaucional y otra definitiva, la primera tendiente sólo a precaver a los acreedores hereditarios y legatarios contra el perjuicio eventual de que aparezcan más tarde acreedores del heredero con pretensiones sobre los bienes sucesorios (Sucesiones, núm. 298). También Prayones, cuando se refiere a la posibilidad de la acción contra el heredero, dice que es a título conservatorio (Derecho de Sucesión, nº 49, ed. 1949) y otro tanto ocurre con Rébora (Derecho de las sucesiones, nº 197, p. 318) y Borda (Sucesiones, nº 414).

En el fondo están todos de acuerdo en que la acción de separación sólo se da en caso de plantearse realmente un conflicto entre los acreedores del causante o sus legatarios y los acreedores del heredero;

pero ello es sin perjuicio de las medidas conservatorias que pueden pedir también los primeros, en cuyo caso deberán entenderse con el heredero.

7. — En cuanto a la forma de hacer valer la separación ante los acreedores de éste, depende de las circunstancias en que se pretenda por ellos ejecutar alguno de los bienes hereditarios. Si simplemente se limitan a trabar embargo sobre dichos bienes, los acreedores del causante o también los legatarios pueden limitarse a oponerse a dicha medida y, si el embargante insiste en ella, procederá iniciar una tercería de mejor derecho ante el mismo Juzgado donde se trabó el embargo (ver L. L. 18:163).

Si la sucesión es insolvente y se declara su concurso o quiebra, en éstos habrá de presentarse los acreedores hereditarios para que se verifiquen y paguen sus créditos, sin que allí quepa la pretensión de los acreedores personales del heredero sobre los bienes de la sucesión, que constituirán la masa del concurso. Claro que primero se pagará a los acreedores de la herencia y sólo si queda luego algún sobrante aparecerá el derecho de los legatarios sobre el mismo (art. 3797).

El codificador explica con razón en su nota que no siempre la palabra demanda que se usa en el art. 3433 debe tomarse en el sentido procesal de peticionar al Juez, sino simplemente en el de reclamar, invocar, oponer, siguiendo así las enseñanzas de Demolombe; pero en general difícilmente se podrá hacer valer el beneficio sin planteamiento judicial. Eso no significa que, según los casos, ello no pueda hacerse por vía de excepción o planteando un simple incidente.

8.— El derecho de invocar la preferencia que nos ocupa se acuerda, a parte de las legatarios (art. 3436), a toda clase de acreedores de la herencia, como resulta del art. 3433 y del 3434. Pero eso mismo plantea el problema vinculado con la prueba del crédito que se pretende hacer valer al efecto. Como el art. 3433 alude a quienes tengan título bajo firma privada o que conste en instrumento público, Borda entiende que es requisito indispensable la existencia de documento probatorio (op. cit. nº 410). En principio, sostiene que sólo cabe pedir la medida cuando se reúnan las condiciones necesarias para pedir embargo preventivo. Fornieles no llega a tanto y, cuando se trata de un acreedor del heredero que embargó bienes hereditarios, afirma que hay que adoptar un criterio más amplio y que corresponde acceder al pedido del acreedor de la herencia que, aunque no se halle en condiciones de obtener un embargo, presente una demanda seria, con cierta apariencia de verosimilitud, "fumus bonis juris". Alega que

en esos casos no se afecta en modo alguno al patrimonio del deudor, sino que se obliga simplemente a un acreedor particular a esperar que se resuelva sobre la existencia del crédito contra la sucesión (op. cit. nº 152). Sin pretender que se haga lugar a la separación por el solo reclamo del acreedor de la herencia, nos inclinamos a sostener que no siempre resultará indispensable que proceda el embargo preventivo. Lo demuestra el caso que dio motivo al fallo de la Cámara de La Plata que registra J. A.: 1957-III, p. 333, donde se admitió el pedido de separación de patrimonios formulado por el acreedor de la herencia por servicios médicos prestados al causante, cuyo único heredero estaba en quiebra y el síndico se oponía a la medida, en razón de no hallarse probado el crédito, sin discutirse la prestación de dichos servicios, sino su monto. Parece acertada la solución del Tribunal, que admitió la separación porque, en definitiva, no se perjudicó en nada la masa de la quiebra del heredero, a la que ingresarían los bienes hereditarios con deducción de la suma que en definitiva se fijara por honorarios médicos. Es buena solución dejar librado a la apreciación judicial en cada caso el examen sobre la verosimilitud del crédito que se invoca y la posibilidad de conciliar los intereses de cada parte (ver también J. A. 27:1110 y 15:937).

9. — De manera que la doctrina que sostiene la improcedencia de la acción de separación de patrimonios contra el heredero y que parece ser la admitida en general por la jurisprudencia (J. A. 39:780; 34:320; L. L.: 20:824), debe solamente aplicarse siempre que quede a salvo la posibilidad de los acreedores hereditarios para pedir las medidas conservatorias que expresamente admite la última parte del art. 3443 antes de demandar aquella separación.

10. — De lo expuesto resulta que esa facultad es independiente de que no existan o no se conozcan acreedores del heredero, pues el distingo correcto no es ese sino el formulado por Demolombe, es decir que corresponde contemplar en forma independiente la verdadera demanda de separación y la que tiende sólo a obtener medidas conservatorias.

11. — El problema más difícil consiste en determinar cuáles son éstas. Claro es que si, conforme a las disposiciones procesales pertinentes, procede trabar embargo, el acreedor hereditario quedará bien garantido, impidiendo que los bienes de la herencia puedan enajenarse por el heredero o ejecutarse por sus acreedores.

Pero la dificultad se presenta cuando, por no hallarse aún vencido el plazo de la obligación, el crédito no resulta exigible o cuando el derecho reclamado es litigioso y requiere sentencia judicial, sin

estar documentado en alguna forma o reconocido por los herederos. Entonces, si el embargo no procede y se presenta alguna de las situaciones contempladas en el nº 8, no cabría sino el inventario de los bienes de la herencia, al que expresamente se refiere el art. 3433 o cualquier medida tendiente a evitar que los muebles de la sucesión se confundan con los del heredero, como lo admite el Dr. Alberto Molinario (Teoría general de la separación de patrimonios, p. 177).

Consideramos aceptable también la medida de anotar la separación de patrimonios en el Registro de la Propiedad para evitar que el heredero hipoteque el bien hereditario a favor de un acreedor de él, pues así sabrá éste que su derecho real está supeditado a que se pague primero al acreedor que hizo anotar la separación. Eso es lo que sostiene Borda (op. cit. nº 420 c).

12. — Todo lo dicho es partiendo de la base que en nuestro Derecho no cabe duda que el heredero, no obstante la separación de patrimonios, conserva la plenitud de sus facultades como propietario, es decir que puede disponer libremente de los bienes hereditarios, mientras no se los embargue. Otra es la posición de Demolombe, quien considera que la garantía para los acreedores hereditarios y legatarios que representa el patrimonio del causante, impone una necesaria limitación al heredero, como única manera de asegurar el derecho preferente de esos acreedores (T. XVII, nº 146, p. 169). Los textos franceses pueden autorizar esa opinión, especialmente en cuanto a los inmuebles, porque el art. 2111 del Código Napoleón establece que los acreedores y legatarios que demanden la separación de patrimonios conservan sobre los acreedores de los herederos su privilegio sobre los inmuebles de la sucesión, por las inscripciones hechas sobre cada uno de esos bienes, en los seis meses a contar desde la apertura de la sucesión. Ese artículo se halla ubicado en el Título sobre privilegios y la separación de patrimonios se legisla en los arts. 878 y siguientes. Aunque sobre los muebles no se prevé la posibilidad de semejante precaución, Demolombe sostiene que ello obedece a que materialmente no se advierte el modo de hacerlo; pero entiende que los jueces pueden ordenar medidas que aseguren la preferencia también sobre esa clase de bienes.

Entre nosotros, solamente Llerena (Concordancias, T. 9, p. 298/301, 3ª ed.) ha sostenido la existencia de esa especie de embargo legal en contra del heredero sobre los bienes de la sucesión y realmente la opinión carece de todo asidero; de ahí que el resto de la doctrina no está de acuerdo con tal postura, que tampoco admite la jurisprudencia (J. A. 27:1110).

13. — Expuesta nuestra opinión en el sentido que la separación de patrimonios sólo plantea un problema de preferencia entre acreedores de la sucesión y los del heredero, no parece necesaria, en principio, la intervención de éste. En cada caso particular, se examinará si tiene o no interés en ser escuchado en el litigio entre esas dos categorías de acreedores, es decir si en alguna forma lo afectará o no lo que se resuelva y, según ello, hacerlo o no comparecer a juicio. Claro está, sin embargo, que no podrá prescindirse de su intervención cuando se trate solamente de algunas de las medidas conservatorias antes contempladas: para la facción de inventario o cualquier medida que tienda a evitar que se confundan los muebles de la sucesión con los del heredero, es evidente que no puede prescindirse de la intervención de éste.

14. — El inventario a que alude el art. 3433 no es medida indispensable, a pesar de la opinión contraria de Lafaille (op. cit. nº 292), porque si de lo que se trata es de cobrarse con preferencia sobre el precio de un bien hereditario, la separación de patrimonios será en general independiente de tal medida.

15. — Lo que se ha dicho sobre el conflicto entre acreedores del heredero y de la sucesión se aplica también al surgido entre éstos últimos y los del legatario de cuota, porque se trata de asegurar a aquéllos que sigan teniendo preferencia sobre el patrimonio del causante; de manera que cuando tal legatario recibe en su hijuela un bien de la sucesión, no cabe al respecto distingo con el heredero. Otro tanto cabe decir sobre el cesionario de derechos hereditarios, frente a quien se conservan los derechos de los acreedores de la sucesión; de manera que se halla en igual situación que el heredero cedente y, por tanto, si los acreedores personales del cesionario pretenden ir contra algún bien de la sucesión, los acreedores de ésta pueden hacer valer su derecho preferencial sobre ese bien. Así lo reconocen en forma expresa Bibiloni (Anteproyecto, IV, nota al art. 75) y el Proyecto de 1936 (art. 1894).

16. — Cuando la herencia se aceptó bajo beneficio de inventario, la separación se produce de pleno derecho, como surge claramente de los arts. 3408 y 3409 del C. C., de los cuales resulta que los acreedores del heredero recién pueden ir contra los bienes hereditarios después que, por haber cesado el beneficio, aquél se convirtió en aceptante puro y simple. También en caso de concurso o quiebra la misma separación ocurre de pleno derecho, pues, como ya dijimos, la masa del concurso se compone de los bienes hereditarios y contra ella irán los acreedores de la herencia.

17. — La ley acuerda el derecho a pedir la separación aún a los acreedores eventuales o a plazo, es decir antes que sus créditos sean exigibles; pero permite a los del heredero ejecutar los bienes hereditarios si dan fianza suficiente de devolver lo recibido al acreedor si la condición se cumple o no recibió el pago al vencer el plazo.

18. — La defensa del patrimonio del causante como garantía de sus acreedores se completa con otra disposición, ajena a la separación de patrimonios porque se hace valer contra los herederos y no contra los acreedores de éstos. Nos referimos al art. 3475 que dispone que los acreedores de la herencia, reconocidos como tales, pueden exigir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar ellos pagados de sus créditos. Se trata de una garantía independiente del instituto que estudiamos y se da solamente a los acreedores ya reconocidos; no a los eventuales o litigiosos, según ocurre con aquella separación. Claro es que debe tratarse de créditos ya expeditos, porque mal puede exigirse a los herederos el pago de los aún no vencidos. En este último caso o cuando se trate de los sujetos a condición, los acreedores podrán pedir a los herederos que afiancen satisfactoriamente el pago, antes de recibir los bienes correspondientes a sus respectivas hijuelas. En tal sentido se pronuncia Borda (op. cit. nº 706).

19. — Por no tener en cuenta la diferencia que existe entre la situación contemplada por el referido art. 3475 y la separación de patrimonios es que en algunas ocasiones los Tribunales de la Capital incurrieron en el error de acordar medidas de efectos similares al embargo, como ser la no inscripción de un testamento o la retención de los testimonios de declaratorias de herederos, a favor de acreedores que aún no habían justificado su título y se limitaron a demandar el cobro de pretendidos créditos, lo cual provocó la justa crítica de Fornieles (op. cit., p. 168) y Molinario (op. cit. nº 38). Los fallos de que se trata aparecen en Gaceta del Foro de febrero de 1921, p. 290 y T. 40, p. 298. En cambio, el citado de la Cámara de La Plata (J. A. 27:1110), firmado por los ex profesores Etcheverry Boneo y Argañaraz, sienta la buena doctrina.

EN TORNO AL DENOMINADO "ANONIMATO DE LAS ACCIONES"

PEDRO MARIO GIRALDI

I. — ALCANCE DE LA EXPRESIÓN

La gran repercusión económica que provocó en los medios vinculados a los negocios mobiliarios la sanción de le ley 16.656, posteriormente modificada por la ley 16.663, hizo de la expresión "anonimato de las acciones" un giro vocal de uso común. La difusión de la frase le otorga un "valor de cambio" que autoriza el título de este trabajo. "Anonimato de las acciones" no tiene significado jurídico, más todavía, la locución es desdichada. No son las acciones sino la sociedad la que es anónima porque no tiene razón social, ni se designa por el nombre de uno o más de sus socios (Cod. Com., art. 314), disposiciones, por otra parte, caídas en desuetudo. Aún cuando las sociedades anónimas tienen un nombre, que les pertenece privativamente y cuya propiedad está amparada por las leyes, continúa siéndoles aplicado este curioso calificativo de "anónimas", que proviene según Malagarriga de la Ordenanza Francesa de 1673. [1]

Las acciones no son ni se las puede denominar anónimas, a menos de que así se quiera llamar a las acciones al portador. Pero, tampoco sería el término apropiado pues la circunstancia de que una acción sea al portador solamente significa una particular forma de transmisión —y consiguiente legitimación de su detentador— y no impide, llegado el caso, la identificación de su titular.

[1] C. C. MALAGARRIGA: "Tratado elemental de derecho comercial", Bs. As. 1963, tomo I. p. 420.

En general las legislaciones modernas perfieren a la palabra "anónima", otras que den idea de la división del capital en acciones. Se las llama sociedades anónimas en Francia, Holanda, España, México, Brasil, Uruguay. Sociedades por acciones en Italia, Alemania (aktiengesellschaft) Estados Unidos (stock corporation), Inglaterra (company limited by shares).

II. — La sociedad y la identificación del socio

En la sociedad anónima la persona del socio es indiferente a la caracterización jurídica de la sociedad. Este principio —que se aparta de los tradicionales del contrato de sociedades— se liga con el de la responsabilidad limitada y, en efecto, históricamente se fue desarrollando paralelamente a éste. [2] Pero, sin ciertos casos, el socio tiene la carga de identificarse para poder ejercer los derechos que le acuerda su estado y que están incorporados al título: [3]

a) En el caso de que una acción nominal o un certificado provisorio se convierta en una acción al portador (Cód. Com., art. 329);

b) En el caso de que el socio exprese su voluntad invocando su carácter de tal. Sea que actúe frente a la sociedad o a alguno de sus órganos, sea que lo haga integrando la voluntad común, su identificación resulta imprescindible para poder juzgar la validez del acto (Cód. Civ., arts. 52, 54, 55, 897, 900, 1045, etc.);

c) En el caso de transferencia de la acción cuando no se trate de acciones al portador.

Es bien conocida la clasificación de las acciones según el régimen de su circulación en nominativas y al portador, subdividiéndose las primeras en nominativas endosables y no endosables. La aparición y difusión de las acciones al portador —admitidas por la generalidad de los sistemas legislativos continentales— es el último paso en el camino que tendió a promover el aporte de capitales en las grandes compañías coloniales.

"La expansión colonial exige grandes capitales dispuestos a correr enormes riesgos, con la esperanza de beneficios fabulosos... La reunión de grandes capitales exige a su vez la posibilidad de que las participaciones sociales circulen, por cuanto una inversión es tanto más fácil cuanto más fácil es, para quien ha invertido, la posibilidad de retirarla". [4]

Esta gran reunión de capitales, cuya reglamentación no podía ser suministrada por las viejas formas societarias, se estructuran originalmente dentro del derecho público. La teoría de la personalidad jurí-

[2] T. Ascarelli: "Principios y problemas de las sociedades anónimas"; México 1951, ps. 35 y siguientes.

[3] Sin que esto importe pronunciarse en la polémica sobre si la acción es o no un título valor.

[4] T. Ascarelli: "Iniciación al estudio del derecho mercantil"; Barcelona 1964, p. 55.

dica se aplica a la realización de actividades mercantiles, y nace, por voluntad de príncipe, un sujeto de derecho público que ejerce el comercio y cuyo capital es suministrado por particulares.

La participación en estas compañías —la expresión sociedades no puede aún aplicarse— es libre para quien quiera aportar su dinero. El inversor es inscripto en un registro y recibe un documento que así lo acredita. El decumento al principio es nominativo, luego se extiende a la orden y a partir del siglo XVIII, se hace común su emisión al portador. Simultáneamente se acepta que su transmisión implique la transferencia de la participación social.

Según la doctrina dominante, la acción es una especie dentro del género título valor. Sería por consiguiente, un título-valor de participación social, incompleto, causal y en serie, al que le serían aplicables las disposiciones generales que sobre títulos valores han dictado algunos estados (México, 1932; Suiza, 1936; Italia, 1942; Honduras, 1950). En lo que se refiere a títulos-valores al portador, dos son las notas características que aparecen en todas ellas: a) la tradición, considerada como medio idóneo de transmisión de la propiedad; b) una minuciosa preocupación reglamentaria para los casos de robo, extravío, etcétera del documento.

Las acciones al portador están autorizadas en nuestro derecho (Cód. Com., art. 326) si bien no pueden emitirse antes de su completa integración (id., arts. 326 y 327), disposición que mantiene el proyecto de Malagarriga-Aztiria (art. 277). Normas similares contienen la ley alemana de 1937,[5] el Código Civil italiano (art. 2355), la ley española de 1951 (art. 34), el Código de Honduras (art. 136), la ley general de sociedades mercantiles de México de 1934 (art. 117), el Código Suizo de las obligaciones (arts. 622 y 689), la ley federal de Canadá de 1944 (arts. 33 y 34), la ley general de sociedades por acciones de Brasil de 1940 (art. 23), el Código de Comercio de Chile, etc., etc. Ya veremos más adelante, como en varios de los países citados, por vía indirecta, se ha llegado a suprimir la posibilidad de existencia de esta clase de títulos.

En los Estados Unidos no se conoce la acción al portador; tampoco tienen difusión en el Reino Unido, no obstante estar autorizadas por la Companies Act de 1948 ("Share warrant to bearer"). Grecia, por la ley de 1950, y Suecia, por la ley de 1944, las prohiben expresamente.

[5] Vigente desde el 1º de octubre de 1937. Para J. VON GIERKE "la acción al portador ha sido admitida, a pesar de su "anonimidad" pues económicamente no se puede prescindir de ella" ("Derecho comercial y de la navegación", Bs. As., 1957, tomo I, p. 400).

d) En el caso de que el socio quiera ejercer los derechos económicos que le confiere su estado.

El principal derecho económico —y prácticamente el único— es el cobro del dividendo. Se considere a la acción un título valor o se estime que sólo es un título impropio —según sea la actitud doctrinaria que se adopte frente al problema de su naturaleza jurídica— la Sociedad paga validamente cuando lo hace al tenedor legitimado del documento, quien por lo general, sólo presenta un cupón. Sólo excepcionalmente el cupón es nominativo o se exige el título completo. Lo común es que el cupón sea al portador, aun cuando la acción no lo sea y por consiguiente la identidad del socio resulta indiferente para la Sociedad.

Pero no ocurre lo mismo con el Fisco para el que es importante conocer todos los datos posibles del contribuyente para evitar evaciones, aplicar porcentajes progresivos, etc. La falta de interés de la Sociedad en conocer quién cobra el dividendo y por el contrario, la importancia que ello reviste para el Fisco, fijan los verdaderos términos en que ha de debatirse el tan zarandeado problema del "anonimato". Se trata de asegurar el buen cumplimiento de las leyes impositivas o de favorecer la impunidad de sus transgresores.

En la vigilancia del cumplimiento de aquéllas, es donde se debe buscar el móvil de la campaña que contra las acciones al portador se manifiesta con más o menos fuerza en todos los países del mundo en que las Sociedades anónimas están difundidas.

III. — La identificación del socio en la sociedad anónima moderna

El desdibujamiento progresivo de socio-persona física, se acentúa en la medida de que la comunidad se industrializa. En las economías capitalistas altamente desarrolladas el accionista-socio ha perdido toda importancia y se ha visto sustituido por el accionista-inversor, completamente ajeno al gobierno de la empresa. En las grandes corporaciones americanas, los ejecutivos hacen notar, con especial cuidado, de que se sienten responsables no solamente respecto de los accionistas. Lo son también ante el personal de la empresa, sus proveedores, clientes y además, frente al público en general ("public at large").

Como dice el profesor de Harvard, Abram Chayes, refiriéndose a las relaciones entre el derecho y la sociedad anónima moderna: "en la medida que de ésta crece, el accionista es menos y menos el capitalista que arriesga fondos y supervisa la empresa... se convierte en un inversor separado en el tiempo y comprensión... el voto no tiene

razón de ser desde que no está ni informado ni organizado... los ejecutivos se convierten, salvo raras veces, en una automática y autoperpetuamente oligarquía". [6]

Este hecho del desplazamiento del poder en las grandes sociedades anónimas, unido al fenómeno de la gran concentración capitalista, significa nada más ni nada menos que la superación del clásico concepto de la propiedad privada, uno de cuyos principios fundamentales es el control inmediato y permanente del propietario sobre las cosas que integran su patrimonio. [7]

La sociedad capitalista moderna plantea a juristas y sociólogos una serie de urticantes problemas: ¿quién controla esta poderosa máquina corporativa, de cuya eficacia depende, en los Estados Unidos, prácticamente toda la actividad económica no agropecuaria? ¿Será necesario llegar a dar al Estado una cierta intervención en la selección de ejecutivos de las grandes compañías, como se ha sostenido en ciertos ambientes universitarios? ¿Cuál es la legitimidad del "raider", como se denomina quien trata de capturar el control de una sociedad anónima contra la voluntad de sus ejecutivos?

La respuesta que se ha dado algunas veces al último interrogante demuestra hasta que punto el derecho de voto es relativo. Rostow ha dicho que "al derecho de votar se opone el derecho consuetudinario de las grandes corporaciones de mantener sus ejecutivos hasta que éstos lo decidan" [8] y llega a afirmar que si una corporación de primera importancia, como la de General Motors, por ejemplo, fuera mal administrada, no sería el accionista quien reaccionaría, sino la comunidad en su conjunto a través de sus poderes políticos. La legitimidad de los "raiders" está cuestionada no solamente en doctrina. Hay casos jurisprudenciales concretos que privan de eficacia intentos de controlar una sociedad mediante la adquisición subrepticia de acciones para formar mayoría.

Por supuesto que ni juristas ni economistas ni sociólogos, en los Estados Unidos, pierden su tiempo en discutir si la corporación es o no una institución. "Obviamente que lo es", dice Adolf Berle Jr.; [9] "so-

[6] "The corporation in modern society"; Cambridge, Mass. 1961; A. CHAYES: "The modern corporation and the rule of law", ps. 39 y 40.

[7] Para JOHN LOCKE este es el verdadero justificativo de la propiedad privada ("An essay concerning the true original extent and end of civil governement", cap. V: "on property").

[8] "The corporation...", E. V. ROSTOW: "To whom and for what ends is corporate management responsible?", p. 50.

[9] "The corporation..."; A. A. BERLE, Jr.: "Foreword", p. XIV.

mos una nación de asalariados que trabaja para las corporaciones", agrega Edward Mason.[10]

Fácilmente puede percibirse como, en una realidad jurídico-económica semejante, la existencia de acciones al portador carece de toda importancia. Por otra parte, la forma como se realizan los "transferts" en los Estados Unidos, les dan a los títulos una facilidad circulatoria equivalente a la que tendría una acción al portador.

La incursión en el tema de los aspectos modernos que presenta la gran sociedad anónima americana es de gran utilidad para colocar el problema del "anonimato" dentro de sus justos límites. Si se llega a la certeza de que en los Estados Unidos no interesa la identidad del accionista, es necesario dar a esta conclusión y a toda otra que se extraiga de la formidable experiencia que en estos años se está haciendo en aquella nación, la importancia que merece por ocurrir en el país que es el máximo exponente del capitalismo moderno y cuyos habitantes gozan del nivel general de vida más alto de todos los tiempos. [11]

La sociedad contemporánea exige una gran producción de bienes y servicios accesibles al poder de consumo de las masas. La respuesta a esta incitación podrá llegar por medio de la propiedad privada y de la libre empresa o a través de la socialización de los medios de producción y distribución y la planificación estricta de las actividades económicas individuales. Ninguno de los sistemas tiene valor universal, ni por supuesto resultaran ciertos en todo tiempo. Son simples medios,

[10] "The corporation..."; E. E. MASON: "Introduction", p. 1.

[11] Los grandes problemas tecnológicos de esta etapa post-moderna de la civilización occidental, caracterizada por la aparición de una clase trabajadora industrial urbana, hasta el presente han sido únicamente encarados con decisión por la gran sociedad anónima y por las grandes empresas del estado. A. A. BERLE, Jr., en su citado trabajo, dice: "Dos sistemas— y hasta ahora, dos solamente— han emergido como vehículos de las economías industriales modernas: uno es el comisariato socialista soviético... el otro, es la moderna corporación" (op. cit. IX).

El mismo autor, en otra obra, se ocupa de las semejanzas que en algunos aspectos presentan los sistemas económicos actuales de los Estados Unidos y de la Unión Soviética ("Poder sin propiedad"; Bs. As. 1961; cap. V). Se ha dicho, además, que "es un hecho básico que las grandes corporaciones cuando enfrentan similares problemas fundamentales, actúan semejantemente, sean propiedad pública o privada" (C. A. R. CROSLAND: "The future of socialism"; London 1957, p. 480).

Sobre las características de la etapa post-moderna de la civilización occidental: A. J. TOYNBEE "Estudio de la Historia", Bs. As. 1951, tomo IX, 1ª parte, p. 314.

modos de alcanzar un fin determinado. El éxito será su justificativo y el fracaso, suficiente razón para suplantar el uno por el otro.

Pero si queremos dar a los países occidentales la solución capitalista —que es la que se ajusta a las características espirituales de sus pueblos y la que resulta más idónea para producir a buen precio los bienes y servicios que ellos exigen— esta solución ha de superar ciertos viejos conceptos jurídico-económicos, tal como lo ha hecho el capitalismo moderno en las naciones de gran desarrollo, en especial, en los Estados Unidos, Canadá y Alemania Federal.

Si bien existe una sensible corriente doctrinaria y legislativa tendiente a la protección del accionista individual, [12] lo que en realidad se busca es el amparo jurídico y la seguridad de las inversiones, no el retorno a aquel esquema ya histórico que hacía de la sociedad anónima la analogía de un estado republicano, en el que los accionistas eran el electorado, la asamblea y el directorio, el poder legislativo, y los gerentes y apoderados, el poder ejecutivo. No es esta la idea que anima los diversos proyectos europeos indicados en el buen trabajo de Colombres pues ya existe en Europa general consenso de cuál es el rol que desempeña la gran sociedad anónima en el mundo moderno, y la forma como han de ser manejados sus negocios. Entre nosotros, de tanto en tanto, se insinúan una serie de reformas que con la supresión de los títulos de cinco votos, de las acciones al portador, y otras medidas similares, tratarían de vincular "humanamente" al accionista con la sociedad, en una sentimental palingenesia de conceptos caducos. Es sólo una demostración más —e innecesaria— de la romántica y dañosa inactualidad con que frecuentemente se dirige la cosa pública en la Argentina.

IV. — El problema del "anonimato" es exclusivamente fiscal

El disfavor que actualmente sufren, en casi todos los países, las acciones al portador se debe exclusivamente a razones de recaudación impositiva. Ya se ha visto como en las naciones desarrolladas, la identidad del accionista ha dejado de interesar a la sociedad. Más aún, la experiencia norteamericana enseña de que cuanto menos ingerencia tenga el accionista en la marcha de los negocios sociales, más importante es la función comunitaria que desempeña la compañía.

Para el Estado el accionista tiene otro valor: el que deriva de su capacidad contributiva. En la legislación comparada, por lo general

[12] Véase el interesante trabajo de G. R. Colombres: "El proyecto alemán para una nueva ley de sociedades por acciones", en "Rev. de J. A.", tomo 1962, II sec. doc., p. 56.

los dividendos son gravados y quien los percibe ha de incluirlos en su declaración individual de renta, sin perjuicio de los impuestos que deba pagar la sociedad anónima en proporción a sus ganancias.

Las escalas son variables. Algunos países conceden mínimos no imponibles, otros distinguen entre rentas provenientes de capitales locales o colocados en el exterior, entre contribuyentes residentes o no residentes, etc.

La ocultación de la identidad favorece la evasión tributaria. Por esta atendible razón, se ha tratado de impedir o dificultar la emisión de acciones al portador que hacen posible a su titular, sin mayores complicaciones, el disimular la cuantía de sus bienes o de sus ingresos. Es evidente que quien se ampara en el anonimato y no quiere denunciar su patrimonio o sus rentas, consuma su efugio fiscal o lo prepara en forma inmediata o mediana. Un buen y honrado contribuyente, que es decir tanto como un buen y honrado ciudadano, no tiene por qué esconder sus bienes.

Hay pues, un movimiento legislativo, que se manifiesta en muchas partes. En Italia, si bien el Código Civil las autoriza (art. 2355), un decreto-ley del 25 de octubre de 1941, inspirado en fines impositivos y de defensa de la moneda, estableció la forma nominativa obligatoria para el futuro.

Algo semejante ocurre en España pues, aun cuando su emisión se permite (Ley General de 1951, art. 34), por decreto del 19-11-1936, ratificado el 14-12-1951 se dispuso la intervención necesaria de ciertos funcionarios en la negociación de los títulos al portador en forma que implica la identificación de sus tenedores. En Francia, por una serie de decretos-leyes del año 1941, se ordenó el depósito obligatorio de las acciones al portador en bancos, provocándose así la declaración de identidad de sus titulares. Este régimen fue derogado en 1949.

En Chile, la prohibición emana de la Superintendencia de Sociedades Anónimas; en Mónaco, desde 1953, es obligatorio el depósito bancario, etc.

Entre nosotros su emisión no tiene más requisito, salvo en algún tipo de sociedades reglamentadas por su objeto, que la de su previa completa integración. Las leyes fiscales han variado a menudo su tratamiento [13].

[13] Desde la creación del impuesto a los réditos hasta la sanción de la ley 13.925 (11 de agosto de 1950), los dividendos percibidos por los particulares debían ser incluídos en las declaraciones individuales de rentas. La ley citada estableció una tasa fija única a cargo de la sociedad. Los dividendos quedaban exen-

La cuestión de si es o nó conveniente el anonimato resulta totalmente circunstancial y dependiente de las condiciones fácticas del momento en que debe tomarse la medida de aceptarlo o prohibirlo. No hay ningún fundamento ético sobre el cual basar su vigencia, pero muchas veces en la vida de los pueblos, otras consideraciones pesan tanto o más. En un momento determinado, la necesidad urgente de capitales puede inducir a un gobierno a prescindir del origen de los mismos. Si la inversión debe ser alentada en toda forma (dando a "inversión" el sentido keynesiano de exceso poetncial de recursos totales sobre la capacidad de consumo) ya que de la cantidad de inversión depende el pleno empleo, será esto suficiente justificativo para otorgar un bill de indemnidad a quien detente "capitales negros", porque otra cosa no significa el anonimato impositivo? No es en estas páginas donde debe estar la respuesta. Quien tenga en sus manos el decidir si ha de salvaguardar la moral pública al precio de una crisis económica, será también el que podrá aplicar el viejo adagio: "Aurum non olet".

---

tos de todo impuesto y tampoco había obligación de manifestar la tendencia de acciones en la declaración patrimonial.

Otras medidas conexas, como la supresión del impuesto a las ganancias eventuales sobre las utilidades provenientes de la compraventa de acciones y la sustitución del impuesto a la trasmisión gratuita por un gravamen fijo anual del 1% sobre el capital, hicieron del régimen argentino uno de los más liberales del mundo.

Esta actitud del Estado con los capitales representados por acciones contrastaba con el intervencionismo estricto que observaba en todos los demás sectores de la economía y permite suponer que el verdadero móvil que lo animaba era el de facilitar otros negocios que los normales de la actividad mercantil.

El decreto-ley 4073/56 modificó, a partir del 1º de enero de 1956, el sistema de la ley 13.925 y estableció un régimen optativo de identificación del accionista en el acto de cobrar el dividendo, recargando el impuesto a aquel que prefiriera no darse a conocer.

Este tratamiento se mantuvo hasta 1962, con algunas variantes introducidas por las leyes 14.789 y 15.273. A partir del 30 de septiembre de ese año, dejó de exigirse nuevamente la individualización del accionista. Así fue establecido por el decreto 8724/62 que fue derogado por la ley 16.656, a su vez modificada por la 16.663.

OBRA PUBLICA Y CONTRATO DE OBRA PUBLICA *

AGUSTÍN A. GORDILLO

Profesor Adjunto (i) de
Derecho Administrativo

1.

CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA

La locución "obra pública" no es empleada con un significado único: la simplificación del lenguaje ha hecho que se designe con tal nombre a dos conceptos jurídicos que, si bien están relacionados en alguna medida, tienen sin embargo fundamentales diferencias entre sí.

Algunos autores extranjeros distinguen "obra pública" y "trabajo público"; dentro de la segunda expresión comprenden: *a*) los trabajos realizados directamente por la administración, *b*) los trabajos realizados por particulares mediante contratos de concesión de obra pública, *c*) los trabajos realizados por particulares mediante sistemas mixtos tales como el de "dirección interesada", *d*) los trabajos realizados por particulares mediante contratos de obra pública con la administración. [1]

Esa noción no es por supuesto equivocada, aunque por lo que respecta al derecho argentino no presenta actualmente interés. En efecto, en nuestro país, a resultas de una antigua prédica estatista, no se presentan en la práctica los contratos de "dirección interesada" ni los de "concesión de obra pública"; por otra parte, los trabajos realizados directamente por la administración son igualmente escasos. A resultas de tales circunstancias, la casi totalidad de los trabajos públicos son efectuados mediante el sistema de "contratos de obra pública"; de allí entonces que los conceptos que interese destacar y comparar, al menos

* Publicado en Rassegna dei lavori pubblici, Roma año 1964, mayo, Nº 5..

[1] Ver por ejemplo SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, Nápoles, 1957, p. 420; WALINE, MARCEL, *Droit Administratif*, 5º ed., París, 1950, p. 439 y ss.; etc.

por ahora en el derecho argentino, sean precisamente los de "obra pública" y "contrato de obra pública".

En un primer sentido la frase "obra pública" designa a un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales afectados a fines de utilidad general: son "obras públicas", en este sentido, los puentes, caminos, edificios públicos, etc.

En un segundo sentido la frase se identifica por extensión con el concepto de "contrato de obra pública", y designa por ello a los contratos realizados por la administración con particulares para que éstos construyan, por ejemplo, tales puentes, caminos o edificios.

Aparte de la obvia distinción de que en el primer caso nos estamos refiriendo a un tipo de *cosas* y en el segundo a un tipo de *contratos*, existen otras diferencias importantes:

1) No todas las obras públicas (primer sentido) se han hecho mediante "contratos de obra pública": puede haberlas también realizadas:

a) por los contratos de "dirección interesada" o "concesión de obra pública" ya mencionados;

b) por la propia administración, directamente;

c) por particulares actuando por su propia cuenta y como obras privadas, pero que después las han traspasado al Estado por algún título traslativo de dominio, [2] pasando a servir un interés público.

2) No todos los "contratos de obra pública" tienen por objeto la construcción de una obra pública. Es ésta tal vez la diferencia más llamativa, y comprende tres hipótesis distintas:

a) el "contrato de obra pública" puede referirse a la construcción de un mueble o inmueble *que no esté afectado a fines de utilidad general* y el cual no será pues, una vez terminado, "obra pública" en el primer sentido; [3]

[2] Conf. en esta hipótesis SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 1959, p. 87; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, 1960, p. 117; VEDEL, GEORGES, *Droit administratif*, París, 1961, p. 667 y ss.; WALINE, op. cit., p. 443 *in fine*. *En contra* CIANFLONE, ANTONIO, *L'appalto di opere pubbliche*, Milán, 1957, p. 6; al respecto ver infra, nota 10.

[3] En sentido similar señala ANTONINO VITALE, voz *"Lavori pubblici"*, en el Nuovo Digesto Italiano, t. VII, Turín, 1938, p. 500, que la obra que se ejecuta mediante este contrato puede tener carácter "dominial" o "patrimonial", es decir, pertenecer al dominio público o privado del Estado. BIELSA, RAFAEL, *Derecho administrativo*, 5ª ed., t. II, Buenos Aires, 1955, p. 549, afirma lo mismo res-

b) el contrato puede también referirse a la creación de objetos incorporales, los que *tampoco* serán considerados "obras públicas", dado que tal concepto, según ya dijimos, está restringido a las *cosas*;

c) el contrato puede tener por objeto la *reparación o mantenimiento* de una obra pública, y en tal caso el resultado del contrato tampoco es en sí una obra pública, desde que ella existe ya con anterioridad al mismo. [4]

3) Por último, no todos los contratos de obra pública, aunque tengan por finalidad la construcción de una obra pública, dan su fruto: el contrato puede terminar por rescisión por culpa de alguna de las partes, u otras causas sobrevinientes, sin que se haya podido todavía realizar la obra pública proyectada.

En conclusión, la correspondencia entre los conceptos de "obra pública" y "contrato de obra pública" es limitada. El contrato de obra pública no implica la construcción de la cosa obra pública, y viceversa: la existencia de la cosa obra pública no presupone la ejecución de un contrato de obra pública. Dicho en otras palabras, el contrato de obra pública tiene por objeto la realización de un determinado trabajo, pero este trabajo no presupone, ni condiciona, la existencia de una "obra pública".

Esta disociación conceptual proviene en parte de que la primera noción, de "obra pública", ha sido influenciada fundamentalmente por la doctrina, tomando como base en el derecho argentino normas del Código Civil, mientras que la segunda noción, o sea "contrato de obra pública", ha sido determinada en buena medida por la práctica y el régimen de las leyes particulares que han reglamentado este tipo de contrato.

Pero, de todos modos, ni uno ni otro concepto son pacíficos en la doctrina.

pecto a nuestro derecho positivo, aunque lo critica; WALINE, por su parte, sostiene que incluso puede tratarse de trabajos sobre inmuebles de propiedad de particulares (op. cit., p. 443). Comparar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *F. C. Buenos Aires al Pacífico* v. *Consejo Agrario Nacional*, 1946, "La Ley", t. 42, p. 820 y ss., que admite dos conceptos de "obra pública": uno restringido, equiparable al dominio público, y otro amplio, comprensivo de toda obra hecha por el Estado; en el primer caso, el fallo coincidiría con la tesis expuesta en el texto; no así en el segundo. Ver también DUEZ, PAUL, y DEBEYRE, GUY, *Traité de droit administratif*, *Paris*, 1952, p. 916 nota 1; comparar LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1957, p. 799 y 801, n. 1618 y 1623.

[4] SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 87, nota 2.

Los elementos de la noción de "obra pública" que aquí adoptamos son cuatro: 1) se trata de una cosa mueble o inmueble, 2) de construcción artificial, es decir, realizada por la mano del hombre (por oposición a los bienes que existen en el estado en que los ofrece la naturaleza), 3) de propiedad del Estado, 4) afectada a fines de utilidad general.

1) El primer elemento de la noción es tal vez el que da lugar a más tajantes discrepancias: mientras que en Francia el concepto de obra pública es reservado exclusivamente a los inmuebles, [5] entre nosotros se sostiene que puede tratarse tanto de una cosa *mueble* como *inmueble*. [6]

La importancia de la cuestión reside más que nada en relación al concepto de dominio público: el artículo 2340, inc. 7º del Código Civil incluye dentro de éste a las "obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común"; por ello la problemática pertenece en realidad al tema del dominio público. [7] Sólo cabe aquí decir que si se toma el citado artículo del Código Civil, sería de aplicación el criterio "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" ya que si la ley no establece la restricción del concepto de obra pública refiriéndolo únicamente a los inmuebles, no cabe tampoco al intérprete, en este caso, hacerla.

2) El segundo elemento de la noción consiste en que "toda obra pública es siempre, indefectiblemente, una creación humana"; "No hay *obras públicas* cuya existencia física sea extraña a la mano del hombre". [8] De allí que la obra pública, una especie dentro del género del dominio público, forme parte del llamado dominio público artificial. [9] Se excluyen en consecuencia del concepto de obra pública todos aquellos objetos de origen natural, es decir, cuya existencia no depende de la intervención del hombre.

3) El tercer elemento de la noción es que se trata de bienes de propiedad de un ente estatal.

No se requiere forzosamente que sea el Estado quien los haya construido ni hecho construir por su cuenta, pues puede ocurrir que los

[5] Ver por ejemplo VEDEL, op. cit, p. 672; también en otros países: CIANFLONE, op. cit., p. 3; SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 87.

[6] BIELSA, op. cit., ps. 349 y 350; MARIENHOFF, op. cit., ps. 93 a 98.

[7] MARIENHOFF, op. cit., ps. 93 a 98.

[8] MARIENHOFF, op. cit., p. 37.

[9] MARIENHOFF, op. loc. cit.

adquiera por compra, expropiación, o cualquier otro título traslativo de dominio, de un particular que los haya ejecutado por su propia cuenta y por sus propios medios, o que a su vez los haya adquirido de un tercero; [10] por ejemplo, una estatua realizada privadamente por un escultor, sin encargo previo del Estado, y que una vez terminada sea comprada o expropiada por éste y afectada al uso público como monumento, constituirá en cuanto monumento una obra pública, a pesar de no haber sido construida por el Estado ni por cuenta o encargo de él.

Pero si bien no se requiere que la obra haya sido construida directa ni indirectamente por el Estado, sí se requiere que le pertenezca. Se admite que puede tratarse tanto del Estado central como de un Estado provincial o de una entidad descentralizada; pero no puede aceptarse que sea obra pública la que pertenece a una persona *no estatal*, aunque sea de naturaleza pública. [11]

El cuarto elemento, o sea el que la obra pública se halle referida a un fin de utilidad general, encuentra su fundamento positivo en el inc. 7º del artículo 2340 del Código Civil. Allí se habla de las "obras públicas, construidas para utilidad o comodidad común", concepto de gran latitud, que permite su asimilación a la noción de "utilidad general" que ofrece parte de la doctrina.

La determinación de qué es utilidad o comodidad común constituye, desde luego, un arduo problema, que depende en gran parte del análisis de cada caso concreto y no puede someterse a patrones rígidos; pero puede indicarse que nunca debe quedar como mera formulación abstracta: para poder afirmar en tal o cual situación que una obra sirve a la comodidad común, será necesario demostrar en qué consiste esa comodidad de que gozan un cierto número de individuos, individualmente

[10] Ver SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 88; WALINE, op. loc. cit.; MARIENHOFF, op. cit., p. 117. En contra CIANFLONE, op. cit., p. 6, aunque no dá ningún fundamento para su criterio de que sólo hay "obra pública" cuando ella es resultado de un "trabajo público". Según lo repetimos más abajo, es de destacar que el adjetivo "público" tiene un significado distinto en cada una de las expresiones citadas: en la obra pública, "pública" se refiere al *fin* de la obra; en el trabajo público, en cambio, se refiere a la persona (pública) por cuya cuenta el trabajo es realizado. Se trata, pues, en el primer caso, de un elemento teleológico o finalista, y en el segundo de un elemento subjetivo u orgánico. No es posible por ello superponer ambos adjetivos y establecer una correspondencia necesaria entre las nociones de "obra pública" y "trabajo público" o "contrato de obra pública".

[11] Ver SAYAGUÉS LASO, op. cit., p. 88. Comp. VITALE, op. cit., p. 560 y ss. No entramos aquí a la otra discusión acerca de si los bienes del dominio público pertenecen al Estado en cuanto sujeto de derecho, o al pueblo en cuanto comunidad política; al respecto puede verse VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Derecho administrativo*, t. IV, Bs. As., 1952, p. 105 y 106, y MARIENHOFF, op. cit., p. 52 y ss.

considerados, del común del pueblo; de otro modo se corre el riesgo de transformar el requisito de la "utilidad o comodidad común" en un elemento conceptual superfluo y carente de rigor científico. [12]

Con todo ello podemos llegar a la noción de obra pública: *es la cosa mueble o inmueble construída para utilidad o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal.*

Sus diferencias conceptuales con el contrato de obra pública son:

1) La obra pública es una cosa mueble o inmueble; el contrato de obra pública puede versar sobre *a)* la construcción de una cosa mueble o inmueble, *b)* la manutención, reparación, etc., de tales cosas, *c)* la elaboración de un objeto incorporal.

2) La obra púbica debe servir a la utilidad o comodidad común; el contrato de obra pública, en el derecho positivo argentino [13], no requiere conceptualmente que su objeto sirva a esa finalidad.

Esta última diferencia demuestra que el empleo del adjetivo "público" tiene distinta significación y alcances, según sea el empleo que se dé a la locución: en el contrato de obra pública, la adjetivación "pública" no se refiere a una presunta finalidad de tal índole, que el mismo deba necesariamente perseguir, sino que tan sólo tiende a calificar la persona que lo celebra (una entidad pública, esto es, estatal) [14]; en la obra pública, en cambio, la adjetivación mencionada está más bien referida a la finalidad que la obra cumple (la finalidad pública o de interés general, la utilidad o comodidad común).

II

Concepto de contrato de obra pública

A. *La finalidad pública en el contrato*

Lo antedicho deja ya configurado el concepto de "obra pública", pero no pasa de ser todavía una mera aproximación al otro concepto, el de "contrato de obra pública".

[12] Comp. nuestras observaciones sobre la noción de "interés público" en *Estudios de derecho administrativo*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 48 y ss.

[13] Ver *ut supra* n. 9.

[14] En sentido similar, Vitale, op. cit., p. 560.

Pero en ello adelantamos ya algo del problema de fondo al cual nos vamos a referir ahora: la legislación argentina no se ajusta al concepto doctrinario de "contrato de obra pública".

En efecto, aún sin tomar en cuenta las discrepancias entre las distintas doctrinas, hay, por lo menos, una oposición fundamental entre la noción doctrinaria media y la legislativa argentina: mientras que la doctrina sostiene, en forma aparentemente concordante con la noción de "obra pública", que el "contrato de obra pública" debe tener igualmente una finalidad o destino de bien común, etc., la ley argentina exige solamente que sea financiado con fondos del Tesoro de la Nación, y no requiere finalidad alguna que el contrato deba llenar. [15]

Esta diferencia entre las nociones doctrinaria y legal de "contrato de obra pública", [16] se debe a que la primera está referida a un sistema doctrinario (al establecer un nexo ideológico entre tal concepto y la noción de obra pública). La segunda, en cambio, constituye una caracterización eminentemente empírica, y al calificar a la labor por el dinero con que se la paga, elimina la apreciación de si ella sirve o no a un interés general.

La doctrina argentina se mantiene hasta ahora firme en negar valor científico al concepto legal [17]; sin embargo, éste se mantiene vigente desde 1876, en que fue sancionada la ley de obras públicas nº 775, hasta la fecha, en que rige la ley 13.064 (desde el año 1947).

A lo largo de estos años, la práctica administrativa y la experiencia judicial han debido aplicar tales leyes, y ceñirse a tales conceptos, y si bien no han elaborado una noción que contradiga a la doctrinaria, no por ello han dejado de aplicar el criterio que surge de la ley y que, precisamente, no responde al desiderátum doctrinario. La jurispruden-

[15] Dice el art. 1 de la ley 13.064: "Considérase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones militares que se regirán por la ley 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente".

[16] Adviértase que nosotros nos hemos inclinado en principio por la noción legal al hacer la comparación entre los conceptos de obra pública y contrato de obra pública, en cuanto hemos dicho que este último no persigue necesariamente una finalidad de interés público.

[17] En particular BIELSA, op. loc. cit.; GRECA, ALCIDES, *Régimen legal de la construcción*, Buenos Aires, 1956, p. 210 y 211. RIÉFFOLO BESSONE, José F., *Contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1946, por su parte, superpone ambos conceptos: considera que "son obras públicas las construidas con fondos del Estado y destinada a la utilidad común" (p. 36); similar concepto da SÁENZ, CARLOS MARÍA, *Las obras públicas en nuestra legislación positiva*, en Rev. de la Fac. de Cs. Ec., Com. y Pol., Rosario, 1949, nº 58/9, p. 123.

cia no ha exigido nunca formalmente, para considerar a un contrato como de obra pública, que éste tenga finalidad determinada alguna, aunque a veces haya hablado incidentalmente de una tal finalidad.

A consecuencia de ello tenemos en la actualidad una noción práctica e informal de contrato de obra pública, que surge de la aplicación de la ley vigente y que se ha fortalecido de manera considerable a través de los años. Cierto es que tal noción adolece de obvias imperfecciones, pero es de hacer notar que en algo al menos pareciera haber triunfado: en prescindir del criterio del "interés público" o "afectación al uso público", "interés general", etc., para caracterizar la labor de obra pública.

No olvidemos que el jurista no debe hacer variar los principios científicos a cada reforma ocasional de un legislador inconstante, pues con ello se reduciría a ser un mero legista, un simple hermeneuta de las palabras de la ley. Subordinarse a ello, renunciando a la vigencia universal de los principios jurídicos, reduciría a la nada su labor. Pero con todo, hay algo que llama la atención en esta legislación presuntamente acientífica: su perduración en el tiempo, y la pacífica aplicación que ha tenido en lo que constituye su principal oposición al criterio doctrinario. Este, en cuanto incluye la noción de "utilidad general", etc., no ha sido adoptado, sino rechazado por los que viven en la aplicación del derecho.

Igual criterio ha sido seguido por las leyes provinciales, y por los proyectos de reformas más recientes [18].

[18] En tal sentido el autor del "Proyecto de Código de Obras Públicas para la Provincia de Buenos Aires" (La Plata, 1960), el Dr. Homero C. Bibiloni, establece en el art. 1-11-1-1 (libro I, título II, capítulo I, art. 1) que "Todas las construcciones, trabajos, instalaciones y obras en general que ejecute la Provincia por intermedio de sus reparticiones, por sí o por medio de personas o entidades privadas u oficiales, con fondos propios o de aportes nacionales, municipales o de particulares, se someterán a las disposiciones de este Código". Obsérvese que se habla de fondos propios o de aportes de otros entes, pero que no se exige en modo alguno que la obra a realizarse tenga un interés público o una finalidad de interés general, etc. Y es de destacar que ninguno de los miembros de la Comisión Revisora planteó en ningún momento cuestión alguna respecto a la ausencia de tal requisito (ver "Estudios y aprobación técnica del Proyecto de Código de Obras Públicas para la Provincia de Buenos Aires", La Plata 1961). Más recientemente, en el Anteproyecto de Ley de Obras Públicas Nacionales preparado por la Comisión integrada por los Dres. Ferrer Moyano, Rodríguez Vida y Avila, se dice en el art. 1: "Considérase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria:
a) que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios que se regirán por ley especial.
b) que independientemente del origen de los fondos, se contrate con la Administración Nacional, sus dependencias descentralizadas o las empresas del Estado". Nuevamente aquí es notoria la ausencia de un requisito determinado referente a la finalidad de las obras o del contrato.

Existen también, es cierto, algunos antecedentes en los que se habla de que el contrato debe tener una finalidad pública [19]; pero nunca se llegó a fundar concretamente una decisión en esa circunstancia, ni en forma principal ni accesoria, por lo que en realidad no constituyen verdaderos precedentes, sino que son tan sólo "dicta" carentes de valor práctico y científico.

Todo esto no demuestra de por sí que la omisión encontrada en la noción empírica del contrato de obra pública sea mejor ni más correcta que la afirmación doctrinaria: pero sí que la noción doctrinaria no responde a las necesidades y realidades de la experiencia. Y si tomamos esta afirmación como punto de partida para una mayor elaboración, advertimos enseguida que la noción empírica de contrato de obra pública seguirá en ese aspecto manteniendo su vigencia a pesar de todos los embates doctrinarios de que se la haga objeto, por las mismas razones que ha estado en pie hasta ahora; y que puede considerarse como improbable que una reforma legislativa o jurisprudencial quiera sustituir el lato criterio vigente por el más estrecho y escurridizo principio teórico del "interés general" o similares.

Ello, a nuestro juicio, debe ya ser justificación suficiente para que el jurista dedique su atención al análisis y elaboración del concepto que le ofrece el derecho positivo, para permitir a estudios posteriores, si acaso, una nueva valoración de sus bondades y defectos.

Por lo demás, cabe abrigar serias dudas, incluso en el plano doctrinario, acerca de la corrección científica del elemento "fin" en la noción del contrato analizado. Si ese elemento estuviera restringido a lo que constituya un fin público *inmediato*, o un uso público *directo* por parte de la comunidad, la distinción tendría sentido, pues en tal caso no todas las obras contratadas por la Administración servirían a esos propósitos ni serían, por ende, contratos de obra pública. Sin embargo, dado que buena parte de la doctrina no efectúa esa restricción, y expresa que el fin público puede ser *inmediato o mediato*, y que el uso público que se haga de la obra podrá ser *directo o indirecto*, entonces tal caracterización se torna inoperante, y puede llegar a decirse, con Vitale, que poco importa caracterizar dicho fin público, ya que lo esencial es que la obra sea ejecutada por cuenta de un ente público, "el cual por el sólo hecho de la construcción no puede tener sino fines públicos" [20]. Tal afirmación no peca de incorrecta, pero importa establecer que la fi-

[19] Por ejemplo Cám. 2ª de Apel. de La Plata, *Compañía General de Obras Públicas*, 1937, en "La Ley", t. 6, p. 1050, y Borneo, 1938, "La Ley", t. 12, p. 326; Comisión Arbitraria de la Ley 12.910, "Fallos", t. I, Buenos Aires, 1952, p. 17 y ss.

[20] VITALE, op. cit., p. 560.

nalidad pública que pueda existir en el contrato de obra pública no es en absoluto diferenciable de la finalidad pública que pueda perseguir en cualquier otra actividad que realice; que su fin es "público" por el sólo hecho de ser un ente público y no un particular el que lo realiza [21].

En sentido similar ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "Todas las que ejecute el Estado, como persona del derecho público, o como persona jurídica, en sus bienes públicos o en sus bienes privados, será, pues, en el sentido "genérico" de la expresión, una obra pública"; "...la verdad es que todo lo construído por cuenta de la administración pública, en cuanto obra de ella, no puede considerarse obra privada, puesto que no la especifica el exclusivo interés de los particulares en cuanto tales, sino el de la comunidad regida por la administración pública que la construye" [22].

Parece ser evidente, entonces, que querer aclarar en la noción de "contrato de obra pública" que el Estado persigue una finalidad pública (interés general, etc.), al celebrarlo, no es sino una redundancia; no hay, pues, justificación doctrinaria para la inclusión de ese "requisito" en la noción respectiva.

Pero, además, es de advertir que esta *finalidad pública* que encontramos en el *contrato* no es en rigor la misma finalidad pública que existía en la *cosa* obra pública: la de la cosa obra pública es en cierta medida más concreta, y no la hallamos en todas las demás cosas del Estado; la del contrato es amplísima (como que cualifica nada más que la presencia del Estado) y la hallamos en todos los otros contratos de locación de obra efectuados por el Estado. Y eso justifica entonces que en la *obra pública* se hable de un fin público, pero hace innecesario hablar de finalidad pública en el *contrato* en sí.

En definitiva, "La distinción entre las locaciones de obra privadas y públicas reposa sobre la persona del comitente: son privadas las locaciones de obra en las cuales el comitente es un particular, públicas aquellas en las cuales el comitente es el Estado u otro ente de derecho

[21] Esto, por supuesto, linda ya con la teoría general del derecho administrativo, y es cosa harto discutida. Lo que aquí afirmamos entronca con nuestro concepto de "función administrativa", que abarca *toda* la actividad de los órganos administrativos (ver nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, 2ª edición, p. 83 y ss.) y también con nuestro concepto de acto administrativo, que no admite la existencia de "actos privados" de la administración (ver nuestro *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 64).

[22] *F. C. Buenos Aires al Pacífico* c. *Consejo Agrario Nacional*, 1946, "La Ley", t. 42, p. 820 y sig.

público. Es, en cambio, indiferente al destino de la obra, o una eventual conexión de ésta con otra de naturaleza pública" [23].

B. *Objetivo del contrato de obra pública*

1) Es una locación de obra.

¿Qué es el contrato de obra pública?

¿Una locación de servicios, una locación de obra, una compraventa, un contrato innominado?

La doctrina y la jurisprudencia argentinas se han pronunciado uniformemente en el sentido de que se trata de una locación de obra [24], y ése es el criterio que consideramos acertado. La duda, si acaso, se presentaría en relación a la locación de servicios; pues bien, a este respecto cabe recordar que los criterios propuestos para establecer la distinción entre locación de servicios o de obra son básicamente tres:

a) El criterio basado en la *subordinación* o *dependencia* que existiría en la locación de servicios y faltaría en la de obra. Este criterio, aunque compartido por varios autores en el derecho privado [25], no ofrece para este caso solución alguna convincente, pues si bien permite determinar que el contratista de obra pública está realmente bajo la dependencia de la Administración, y supeditado a sus órdenes y autorizaciones — lo que parecería indicar que se trata de una locación de servicios—, no alcanza a aclarar si esa subordinación se debe a la naturaleza del trabajo (hipotéticamente, locación de servicios), o a que se trata simplemente de un contrato administrativo, en el que sobresale como nota distintiva y de principio, por lo menos en lo que respecta al derecho argentino vigente, precisamente, la subordinación jurídica del co-contratante respecto de la Administración, cualquiera sea la forma que el contrato adopte (servicios, suministros, obra) [26]. Y la conclusión

[23] RUBINO, DOMENICO, *L'appalto*, Turín, 1958, p. 43.

[24] Ver *infra*, nota 28. Incidentalmente, es de señalar que afirmar que un contrato es "locación de obra" implica destacar la estructura interna del contrato, pero no presupone en modo alguno sostener que se trata de una locación de obra *regida por el derecho privado*. El concepto "locación de obra" es una noción jurídica, de la teoría general del derecho, y no es privativa del derecho civil, aunque sea éste quien la haya estudiado más.

[25] Por ejemplo SALVAT-ACUÑA ANZORENA, *Fuentes de las Obligaciones*, *t.* II, Buenos Aires, 1952, p. 324, n. 1194; BORDA, GUILLERMO, *Contratos*, t. II, Buenos Aires, 1962, p. 15; SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de la locación de obra*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires, 1952, p. 39, apartado d).

[26] BERÇAITZ, MIGUEL ANGEL, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, n. 103 y ss., p. 200 y ss., p. 214.

parece ser que esa subordinación que encontramos se debe tan sólo a que se trata de un contrato administrativo, y no a que se trate de una locación de servicios. Por lo tanto, este criterio debe ser desechado para indicar la naturaleza jurídica del contrato de obra pública.

b) El criterio basado en el *modo de retribución* aporta razones para considerar al presente como contrato de locación de obra, pues lo determinante sería —por contraste con la locación de servicios— que el pago se realiza en proporción a la obra ejecutada y no a la duración temporal del trabajo. Sin embargo, ello no es de por sí decisivo, pues la ley de obras públicas no exige necesariamente que el pago se efectúe de acuerdo a la obra realizada. El artículo 48 de la ley 13.064 implícitamente se refiere a este sistema de pago, por cierto, cuando dispone que los intereses a que tendrá derecho el contratista por demoras en los pagos, se liquidarán a la tasa fijada por el Banco de la Nación "para los descuentos sobre certificados de obra"; dado que los certificados de obra son, precisamente, constancias del trabajo realizado, que se emiten regularmente a fin de efectuar los pagos respectivos en proporción a ese trabajo u obra efectuado, pareciera ser que la ley está contemplando implícitamente este modo de retribución. Pero, no obstante, esa referencia tácita del artículo 48 de la ley, es terminante para esta cuestión el artículo 45 de la misma ley, el cual establece que "Las condiciones de pago se establecerán en los pliegos de condiciones generales y en los particulares de cada obra". De allí surge que nada obsta para que en contrato determinado se establezca como modo de retribución el pago en relación al tiempo trabajado y no a la obra realizada; con lo cual pierde certeza la solución a que nos lleva el criterio de distinción analizado.

c) El criterio que analiza *el resultado buscado por las partes*[27] es el que en forma más clara indica la solución a que arribamos al comienzo, y en que están contestes doctrina y jurisprudencia: que estamos ante una locación de obra.

En efecto, si lo que distingue a la locación de servicios de la locación de obra es el objeto que persiguen los contratantes, a saber: 1) el trabajo mismo, la actividad del co-contratante con independencia del resultado; la tarea en cuanto fin (locación de servicios), ó 2) la obra

[27] Este criterio ha sido usado a veces principalmente, p. ej., SPOTA, op. cit., p. 37 y ss.; SALAS, ACDEEL ERNESTO, *Código Civil y leyes complementarias anotadas*, t. II, Buenos Aires, 1957, p. 926, y los fallos que cita; otras veces se lo ha usado accesoriamente, e incluso en algunos casos nada más que como criterio general orientador, p. ej. BORDA, op. cit., p. 14. En la jurisprudencia y en la práctica administrativa, expresa o implícitamente, siempre ha sido éste el criterio rector para determinar la naturaleza del contrato (servicios u obra). Ver *infra*, nota 28.

resultante de ese trabajo, el producto terminado; el efecto del servicio o trabajo (locación de obra), entonces parece ser bastante claro que nos encontramos frente a una locación de obra, por cuanto la ley da por supuesto que el contrato de obra pública arriba a la terminación de las obras, o sea, contempla el resultado del trabajo del contratista.

Esto último se aprecia desde la denominación misma del capítulo VI, titulado "De la recepción de las obras"; allí la ley indica y acentúa que este contrato desemboca necesariamente en la terminación y entrega de un trabajo determinado, y no en la mera prestación del servicio durante un período de tiempo. El artículo 40 lo corrobora, al expresar que "Las obras podrán recibirse total o parcialmente..."; igual contenido tiene el artículo 41, al disponer que "La recepción definitiva se llevará a efecto tan pronto expire el plazo de garantía... siendo durante ese plazo, el contratista responsable de la conservación y reparación de las obras..."; lo mismo ocurre con el artículo 42, de acuerdo al cual "En los casos de recepciones parciales definitivas, el contratista tendrá derecho a que se le devuelva o libere la parte proporcional de la fianza..." Por último, la cuestión queda totalmente zanjada con los artículos 43 y 44, en los cuales la ley supedita la cancelación de la fianza a la comprobación de que *la obra terminada* esté correctamente ejecutada ("Si las obras no estuviesen ejecutadas con arreglo a las condiciones del contrato...", art. 43).

En conclusión, en el contrato de obra pública el resultado buscado por las partes es el producto terminado, la obra resultante del trabajo del contratista, y, por lo tanto, el mismo *es una locación de obra;* tal es la solución imperante en la doctrina y jurisprudencia nacionales [28].

2) Puede referirse a inmuebles, muebles u objetos incorporales.

Establecido que nos encontramos ante una locación de obra, se presenta ahora el problema de determinar si la misma puede referirse tanto a objetos muebles como inmuebles u objetos incorporales, según

[28] Cám. Civ. 1ª La Plata, "Jur. Arg.", t. 39, p. 245, *Gutiérrez*, 1932; Cám. Com. Cap., "La Ley", t. 53, p. 121, 124, *Salamone*, 1942; Cám. 1ª de Apel. de Rosario, "La Ley", t. 57, p. 298, 306, *Bugnone y Cía.*, 1948; Cám. Nac. Civil, sala F., "La Ley", t. 96, p. 358, "Jur. Arg." t. 1959-VI, p. 65, *D'Amato*, 1959; Suprema Corte de Mendoza, "La Ley", t. 97, p. 342, *Omatti*, 1959; Cám. Nac. Fed., Sala Civ. y Com., "La Ley", t. 105, p. 670, *Savino*, 1961; Corte Sup. Santa Fe, J. 3-325, cit. en "La Ley", rep. XVI, p. 173. *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 49, p. 89; t. 77, p. 363; t. 78, p. 74; t. 81, p. 244, entre otros. BIELSA, op. cit., t. II, p. 350; VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN, *Efectos jurídicos de la desvalorización de la moneda, producida por actos de gobierno, en los contratos de obra pública y suministros*, "La Ley", t. 1, p. 139, sec. doctrina; SALVAT-ACUÑA ANZORENA, op. cit., p. 327; RIEPPOLO BESSONE, op. cit., p. 26; nota editorial en "Jur. Arg.", t. 19, p. 270.

es la solución del derecho civil [29], o si, en cambio, debe referirse exclusivamente a la construcción, reparación, etc., de un *inmueble*, según es la solución de gran parte de la doctrina extranjera [30].

La cuestión dista mucho de ser meramente teórica, y puede, incluso, decirse que constituye aún hoy uno de los puntos álgidos de la práctica argentina en materia de contratos administrativos. En efecto, si concluyéramos en que contrato de obra pública es únicamente la locación de obra referida a *inmuebles* resultaría que numerosos contratos celebrados por el Estado para la construcción de objetos muebles (por ejemplo la construcción de locomotoras, dragas, etc.), serían contratos de suministros, regidos por la ley de contabilidad y el reglamento de compraventas del Estado, y no por la ley de obras públicas, a pesar de ser locaciones de obra.

Ello es importante porque en el contrato de suministros no es de aplicación en la práctica actual la teoría de la imprevisión, y los precios pactados son invariables cualquiera sea el aumento de costos que se produzca con posterioridad a la oferta; mientras que en el contrato de obras públicas, por imperio de la ley 12.910 y sus reglamentaciones, se resarce al contratista por los mayores costos que se hayan producido en los materiales y mano de obra con posterioridad a la licitación. De allí que la caracterización del contrato como suministro u obra pública tenga gran trascendencia práctica.

Desde luego, la decisión de la controversia no puede en modo alguno darla la magnitud económica de la obra, y por ello el señalar que "la obra pública puede ser tan importante o más aún sobre muebles que sobre inmuebles" no aporta argumento alguno de valor en favor de la solución que incluye a los muebles dentro del contrato de obra pública [31].

Entendemos nosotros que puesto que el derecho civil se aplica supletoriamente a la ley de obras públicas [32], a él corresponde recurrir

[29] Por ejemplo REZZONICO, LUIS M., *Estudio de los contratos*, 2ª ed., t. II, Buenos Aires, 1959, p. 680/1; GOLDSTEIN, MATEO, y OSSORIO Y FLORIT, MANUEL, *Código Civil y leyes complementarias*, t. II, Buenos Aires, 1963, p. 59/60; SALAS, op. cit., p. 926 y ss.; BORDA, op. cit., p. 76.

[30] SAYAGUÉS LASO, op. cit., t. II p. 926 y ss.; VEDEL, op. cit., p. 671; LAUBADÈRE, op. cit., p. p. 798/9; DUEZ y DEBEYRE, op. cit. p. 915; CIANFLONE, op. cit., p. 3; GARCÍA OVIEDO, CARLOS, y MARTÍNEZ USEROS, ENRIQUE, Derecho administrativo, 6ª ed., t. I., Madrid, 1957, p. 505; etc.

[31] Esto con referencia a lo sostenido por BIELSA, op. cit., p. 350.

[32] Así lo dan a entender numerosos fallos: Corte Suprema, "Fallos", t. 182, p. 502, 547, *Besana*, 1938; Sup. Corte Buenos Aires, "La Ley", t. 102, p. 275, 276, *García*, 1960; Sup. Corte Mendoza, "La Ley", t. 97, p. 343, *Omatti*,

para resolver la cuestión. Y dado a su vez que el derecho civil ha considerado que el contrato de locación de obra puede versar sobre inmuebles, muebles u objetos incorporados [33], igual principio cabe aplicar al contrato de obra pública [34].

Dicha solución se ve reforzada por la amplitud de la definición que ofrece la ley de obras públicas (art. 1): ésta dice claramente que *"toda construcción..."* está comprendida en el concepto, y no puede entonces entrar a diferenciarse qué construciones son alcanzadas por la ley y cuáles no. Por otra parte, cuando la ley agrega "...o trabajo...", amplía aún más, si cabe, la noción, y subsume obviamente *todo tipo de trabajo* que responda al concepto de locación de obra, trátese de trabajo para hacer una cosa material, mueble o inmueble, o algo inmaterial. Y, por último, cuando la ley concluye "...o servicio de industria...", concepto híbrido y confuso que podría tal vez ser definido como una organización de medios materiales que tiene una finalidad de tipo industrial [35], parece, incluso, posible considerar que la ley abarca también, en este aspecto, las universalidades de hecho o de derecho.

Es de hacer notar, con todo, que bajo la vigencia de la ley 775 se interpretó judicialmente que el contrato de obras públicas se refería únicamente a inmuebles, y que un contrato que tenía por objeto la construcción de muebles era un contrato de suministro [36]. Pero este concepto se sustentaba principalmente en los antecedentes parlamentarios

1959, Cám. Nac. Civ., Sala F, "La Ley", t. 96, p. 359, *D'Amato*, 1959; Cám. 1ª Apel. Rosario, "La Ley", t. 57, p. 298, *Bugnone y Cía.*, 1948; Cám. Fed. Mendoza, "La Ley", 49, p. 527, *Lauría*, 1948; Cám. Fed. Cap., "Jur. Arg.", t. XXVIII, p. 813, *Moroni*, 1928, Conf. BIELSA, op. cit., t. I, edición 1938, p. 443; DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, *El error en los contratos administrativos*, en "Jur. Arg.", t. 38, p. 309, en nota.

[33] Ver la doctrina citada *supra*, nota 29, y sus referencias.

[34] En igual solución, *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 81, p. 244, y sus precedentes de t. 79, p. 109; t. 68, p. 110; t. 51, p. 197. Incluyen a los muebles, sin dar fundamentos concretos, y sin mencionar en uno u otro sentido a los objetos incorporales, BIELSA, op. cit., p. 350 y GRECA, op. cit., p. 210.

[35] En el Congreso se dijo, al tratarse la ley, que el concepto de "servicio de industria" se refería a la "organización e instalación de servicios industriales como ser fábricas, talleres, etcétera" (Diario de Sesiones, Diputados, año 1947, t. IV, p. 887), y la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que "corresponde encuadrar dentro de ese concepto los contratos en que el contratista se obligue a organizar e instalar una planta industrial que tenga por finalidad la de obtener, transformar, perfeccionar o transportar productos materiales" (*Dictámenes*, t. 67, p. 61, criterio seguido por el decreto 5.186/60, B.O. 17-6-60).

[36] Cám. Fed. Cap., "Jur. Arg.", t. 1944-I, p. 782, *Mir Chaubel y Cía.* v. *Gobierno Nacional.*

de la ley 775, hoy inoperantes como criterio de interpretación. En efecto, "...ese argumento no vale para la actual ley 13.064. Si se ha considerado contrato de obra pública a aquél cuyo objeto es, por ejemplo, la confección de planos y proyectos, o la dirección de una obra, o la ejecución de una escultura, no parece que pueda afirmarse que el contrato de obra pública se refiere únicamente a obras inmuebles. Y respecto al ejemplo señalado, de la confección de proyectos, es interesante señalar que la misma ley de obras públicas lo prevé en su art. 4, desvirtuando así el argumento de que ella excluya la locación cuyo objeto no sea un inmueble" [37].

Por lo demás, ya hay actualmente antecedentes jurisprudenciales en sentido contrario al del fallo recordado, y se ha aceptado expresamente que el contrato de obra pública puede también versar sobre objetos muebles (en la hipótesis del fallo, caños de hormigón) [38]. Puede en conclusión afirmarse, en el derecho administrativo argentino, que el contrato de obra pública es una locación de obra que puede versar sobre cosas muebles o inmuebles u objetos incorporales [39].

3) Contratos de obra pública por accesoriedad.

Hasta ahora nos hemos referido a la noción propia de los contratos de obra pública, en atención a su naturaleza esencial; hemos visto que por su contenido, por su sustancia, se los puede definir como locaciones de obra.

Sin embargo, no es ésa la única hipótesis en que un contrato puede ser considerado "contrato de obra pública" en el derecho argentino. En efecto, un contrato celebrado entre la Administración y un particular puede serlo de obra pública, sea:

a) *por su naturaleza* (tal como hemos visto, es decir, cuando constituye una locación de obra); o

b) *por accesoriedad* a una obra pública.

Este último caso se ha planteado en base a distintos puntos de apoyo: parcialmente, el artículo 56 de la ley 13.064 [40]; fundamental-

[37] *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, t. 81, p. 244.

[38] Cám. 2ª Apel., Sala I, La Plata, rev. "Saneamiento", n. 190, p. 97 y ss., *Obras Sanitarias de la Nación c. Crespi Hnos. S.A.C. e I.*, 26 de agosto de 1962.

[39] Ver *supra*, notas 34 y 38.

[40] Que establece: "Exceptúase de la substanciación dispuesta por el artículo 49 de la ley de contabilidad la contratación de cualquier provisión destinada a las obras públicas nacionales".

mente, el artículo 2 del decreto nº 19.324/49, [41] y secundariamente, la teoría del "vínculo indivisible" entre los contratos accesorios a una obra pública y la misma, o de la "fuerza atractiva" de la noción de obra pública: doctrina ésta elaborada por la jurisprudencia y los juristas franceses, de acuerdo a la cual se consideran también contratos de obra pública los contratos accesorios a una obra pública o que tienen algún elemento, aún en sentido amplio, de obra pública [42].

La admisión de este principio es una firme práctica administrativa [43] y ha sido además recogida alguna vez en la jurisprudencia. [44] Su principal concreción normativa es el mencionado artículo 2 del decreto 19.324/49. [45] De acuerdo a esta disposición los contratos de suministros y compraventa de objetos destinados a obras públicas "hasta su habilitación integral", son alcanzados por el carácter y concepto de las mismas, en el sentido de que también se rigen por la ley de obras públicas; o, en otras palabras, que tienen el mismo régimen jurídico de los contratos de obras públicas.

La norma es algo oscura, pero tal interpretación surge de que ella expresa que a los mencionados contratos (compraventa y suministros) *"les alcanzan todos los efectos correspondientes al carácter y concepto de las obras públicas"*, lo que ha permitido decir a la Procuración del Tesoro de la Nación que "Si el objeto del contrato, que conceptualmente sería un suministro, se transmuta por efecto de esa norma en una «obra pública», es claro entonces que todo el régimen jurídico aplicable es el de obras públicas". [46]

[41] El cual expresa: " a las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles y sus medianeras les alcanzan todos los efectos correspondientes al carácter y concepto de las obras públicas, como así también a las adquisiciones de materiales, maquinarias, mobiliario y elementos destinados a las construcciones, trabajos servicios de industria enunciados precedentemente, hasta su habilitación integra

[42] Ver, entre otros, DUEZ y DEBEYRE, op. cit., p. 918/9; VEDEL, op. c p. 671/2.

[43] Entre otros, decretos 11.832/60 y 261/61; *Dictámenes*, t. 34, p. 2 268; t. 51, p. 197; t. 67, p. 61; t. 68, p. 110; t. 70, p. 258; t. 74, p. 95; t. p. 126; t. 79, p. 138; t. 81, p. 244.

[44] Cám. 1ª Apel. La Plata, "La Ley", t. 45, p. 279, *Comte*, 1946, aplican el artículo 2316 del Código Civil.

[45] Ver *supra*, nota 41. Incidentalmente, es de señalar que cabe abrigar alg nas dudas sobre la legitimidad de un decreto tal, que intenta definir e inclu extender el sentido de una norma legal; se lo cita y mantiene porque respon de todos modos a una doctrina que puede considerarse en líneas generales ac table, y porque, al menos, puede estimárselo obligatorio para los propios agen de la administración.

[46] *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación* t. 77, p. 126, el que se precisó además que la equiparación que hace el decreto 19.324/49 es tot

Para que la disposición comentada resulte de aplicación es necesario, según ella lo dispone, que los elementos adquiridos estén "destinados a las construcciones, trabajos o servicios de industria enunciados precedentemente, hasta su habilitación integral".

Se presentan así dos hipótesis:

a) que los elementos estén destinados a una *obra pública* (en el primer sentido, como cosa) en construcción, y todavía no integralmente habilitada (aunque lo esté parcialmente);

b) que los elementos estén destinados a un *contrato de obra pública* en vías de ejecución, y todavía no finiquitado totalmente.

Los dos casos se superponen en cierta medida, pero cada uno abarca circunstancias que son ajenas al otro. En efecto, un edificio público que haya sido terminado ya por el constructor de la obra, y cuyo contrato haya sido liquidado definitivamente, puede todavía requerir el mobiliario imprescindible para su habilitación: en tal caso el suministro del mobiliario, aunque no está destinado accesoriamente a un contrato de obra pública, sí lo está a una cosa obra pública, y el decreto 19.324 sería de aplicación. A la inversa, si por ejemplo se deben adquirir por contrato de suministro ciertas piezas accesorias para dragas (muebles) que están siendo ejecutadas por un constructor para la Administración, tendríamos que esas piezas no estarían destinadas a una obra pública, en cuyo caso el decreto 19.324 también sería de aplicación.

En uno y otro supuesto, sólo cabe hablar de contrato de obra pública "por accesoriedad", si el contrato accesorio es realmente un contrato de suministros o de compraventa; pues si el mobiliario o las piezas deben ser construidas por especial encargo, y en definitiva constituyen locaciones de obra, entonces los contratos respectivos serán de obra pública *por su naturaleza propia,* por su esencia, y no por accesoriedad.

Finalmente, debe recordarse que ciertos contratos que en la teoría francesa son considerados de obra pública por su accesoriedad a un inmueble que revista el carácter de tal, no encuadran en ninguna de las hipótesis que hemos mencionado para el derecho argentino: así por ejemplo la limpieza de calles, mantenimiento de caminos, etc., no son accesorios a un contrato de obra pública, ni tampoco a una obra pública no habilitada integralmente. Tales contratos, pues, sólo podrían ser considerados como de obra pública en caso de que constituyeran locaciones de obra; pero no, al menos actualmente, si se tratara por ejemplo de locaciones de servicios, o de suministros de materiales destinados a

---

y que en consecuencia el contrato de suministro o de compraventa de elementos destinados a una obra pública se rige íntegramente por la ley de obras públicas, en todos sus aspectos.

esas locaciones de servicios o a la realización de esos trabajos por administración. A su vez, incluso aunque el contrato se refiera a una obra pública no habilitada integralmente, no queda equiparado al régimen de las obras públicas si constituye una locación de servicios, por cuanto el decreto 19.324/49, que hace la equiparación, se refiere sólo a las *compraventas y suministros* destinados a aquéllas, y no menciona las locaciones de servicios.

Ese régimen del decreto 19.324/49 se mantiene vigente, a nuestro criterio, a pesar del dictado del decreto 6900/63, referido a los contratos de suministro. El artículo 3 del decreto 6900/63 expresa: "Las contrataciones de suministros de materiales o servicios destinados a obras públicas nacionales se sujetarán a las disposiciones que se aprueben por autoridad competente con arreglo a las normas contenidas en la legislación en vigor sobre la materia o, en su defecto, a las disposiciones de este Reglamento".

Al establecer esta norma que los suministros para obras públicas se sujetarán a "las disposiciones que se aprueben por autoridad competente", queda necesariamente remitida, a pesar de hablar algo oscuramente en futuro, al decreto 19.324/49 que es el que establece el régimen en vigor.[47] Con respecto al funcionamiento de aquellos principios en la práctica, cabe agregar que no siempre la Administración utiliza los pliegos correspondientes al contrato de obras públicas, cuando celebra este tipo de contratos accesorios a una obra pública. A menudo se han utilizado pliegos que contenían cláusulas de invariabilidad de precios —típicas del simple contrato de suministros—, y ello ha originado dificultades al advertirse con posterioridad al perfeccionamiento del contrato la verdadera naturaleza del mismo; el Tribunal de Cuentas de la Nación sostuvo en algunas oportunidades que en tales casos no debía aplicarse el régimen de las obras públicas sino el de suministros, y que en consecuencia la cláusula de invariabilidad de precios debía aplicarse rígidamente, sin efectuarse los reconocimientos de mayores costos que son de rigor en los contratos de obra pública.

Pero la Procuración del Tesoro de la Nación consideró que ante la obligatoriedad de dicho decreto para las reparticiones administrativas, "una vez tipificado un contrato como de obra pública es obligatorio para los organismos estatales reconocer los mayores costos que se hubieran producido y son inválidas las cláusulas contractuales que tienden a negarlo";[48] pues "...la actuación de las reparticiones públicas en lo

[47] Desde luego, es fácil advertir que quienes redactaron este decreto 6.900/63 no tuvieron presente la existencia del decreto 19.324/49 y su correspondiente interpretación; pero ese olvido o desconocimiento no quita que éste exista y sea, en el sentido de aquella norma, disposición aprobada por autoridad competente para regir los contratos de suministros para obras públicas.

[48] *Dictámenes*, t. 81, p. 244.

que respecta a licitaciones de obras, no es discrecional; al contrario, tal actividad se encuentra reglada por distintas leyes y decretos. Así, en nuestro caso, las variaciones de precios que puedan modificar la ecuación económico-financiera del contrato de obra pública, han sido previstas por la ley 12.910 y su decreto reglamentraio y las reparticiones públicas deben ceñirse a sus normas y reconocer tales diferencias a los contratistas, ya que ello no es potestativo para las reparticiones públicas sino obligatorio". [49] Y en definitiva tal fue el criterio que imperó en la administración nacional, pues el Poder Ejecutivo dictó decretos de insistencia para dejar sin efecto las observaciones del Tribunal de Cuentas. [50]

Por ello es dable concluir también que aunque un contrato de obra pública por accesoriedad se haya realizado en base a pliegos o cláusulas propias de contratos de suministros, por ejemplo, las soluciones que cabe aplicar son siempre las del contrato de obras públicas.

C. *Sujetos del contrato de obra pública*

Llega por último el momento de referirse a los sujetos del contrato y también al mentado y criticado "elemento financiero" del contrato de obra pública.

Son dos cuestiones que deben analizarse conjuntamente, y que en definitiva desembocan en una sola. Desde que la ley 13.064, siguiendo en lo esencial a la anterior, 775, definió al contrato como toda construcción, etc., "que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación", mucho se ha atacado y criticado a este concepto. Pero nosotros no vamos a agregar aquí una nueva crítica, sino que bien por el contrario intentaremos analizar con criterio constructivo el principio legal, y eventualmente demostrar que bajo esa caracterización hay *un plausible razonamiento que a su vez permite completar racionalmente la noción de contrato de obra pública.*

"¿Qué significa, en efecto, y qué alcances tiene, el requisito de que la obra se ejecute "con fondos del tesoro de la Nación?" Los casos en que cabría analizar si hay o no un contrato ejecutado con fondos del tesoro de la Nación, pueden agruparse en las siguientes categorías:

1) cuando contrata la administración nacional;

2) cuando contrata un ente descentralizado de la administración nacional (ente autárquico, empresa del Estado);

[49] *Dictámenes*, t. 81, p. 244 y sus precedentes: t. 34, p. 265 y 268; t. 47, p. 11; t. 51, p. 197; t. 57, p. 149; t. 67, p. 61; t. 68, p. 110; t. 70, p. 258; t. 74, p. 95; t. 79, p. 138.

[50] Decreto 11.832/60, B.O. 9/IX/61, insistido por decreto 261/61, B. O. 1/III/61.

3) cuando contrata una provincia, o una entidad pública o privada, con *subsidios* otorgados por la Nación o un ente descentralizado de la Nación;

4) cuando contrata una provincia o cualquier otra entidad pública o privada, mediante *préstamos* otorgados por la Nación o un ente descentralizado de la misma.

En ese orden analizaremos los casos enunciados:

1) Cuando es la administración nacional la que contrata, siempre se emplean necesariamente fondos del Tesoro nacional; aunque un particular o un organismo internacional done fondos para alguna obra que ejecuta el Estado, siempre esos fondos se irán a confundir con el tesoro nacional: incluso aunque integren alguna cuenta diferenciada, el mero hecho de que la administración intervenga implica a su vez, siquiera parcialmente, el empleo de fondos públicos; en tales hipótesis, por el criterio de lo principal y lo accesorio, lo que debe primar es siempre el hecho de que se emplean fondos del tesoro nacional. El conclusión, observamos que toda vez que quien contrata es el Estado central, se emplean, en cualquier circunstancia, fondos del Tesoro nacional, por lo que puede afirmarse que —tratándose de una locación de obra— dicho contrato será necesariamente un contrato de obra pública, de acuerdo al artículo 1 de la ley (ya que los fondos son "del tesoro nacional").

Desde luego, lo que afirmamos se refiere únicamente a aquellos casos en que la Administración contrata en nombre propio. En efecto, corresponde excluir ciertos contratos que a veces se presentan, en los cuales, y a resultas de convenios previos entre la Nación y alguna Provincia, la Nación contrata en nombre y por cuenta de aquélla la ejecución de alguna obra provincial, cuya íntegra financiación estará a cargo de la Provincia; en estos casos, la Nación percibe de la Provincia *un porcentaje de honorarios* por sus tareas de representación, dirección e inspección de las obras. En tales hipótesis, la Nación no contrata por sí misma, sino por cuenta de un tercero; su responsabilidad no se halla comprometida; el empleo de sus funcionarios se halla especialmente remunerado por la Provincia, etc. En tales circunstancias, el contrato no es obra de obra pública nacional. [51] Y aquí conjugan armónicamente la noción de "Tesoro nacional" y de "Estado nacional", ya que, al par que no se financia la obra con parte del Tesoro nacional, ni se compromete a éste de otra manera (por lo que no se da el elemento "Tesoro nacional"), tampoco actúa la Nación por cuenta propia, en nombre propio (con la que tampoco se da el elemento "contrato de la Nación"); de allí se sigue entonces, como dijimos, que toda vez que una locación de obra es contratada por el Estado nacional (aceptando como supuesto

[51] *Dictámenes*, t. 75, p. 60.

previo, que lo hace a nombre propio), estamos en presencia de un contrato de obra pública.

2) Entes descentralizados: *a*) entes autárquicos. Cuando quien contrata es un ente autárquico de la administración nacional, empleando fondos de su patrimonio propio, podría tal vez entenderse que ellos no forman parte del Tesoro nacional; pero es bien evidente que ello no es así, por cuanto la afectación legal de recursos que da origen a tal patrimonio ha sido hecha por la Nación, sea con fondos propios o con fuentes de recursos que pertenecen al Tesoro nacional.

En tal sentido, ya la Cámara Civil 2ª de la Capital Federal había declarado que los contratos de locación de obra celebrados por una entitidad autárquica nacional (en el caso una Sociedad de Beneficencia creada por la Provincia de Buenos Aires y luego transmitida al Estado nacional como entidad descentralizada del mismo [52]) eran "contratos de obra pública" regidos por la ley 775: "...no puede negarse que aun cuando los fondos que la sociedad de Beneficencia administra, lo sean con la autonomía propia de una persona jurídica, ellos forman parte del tesoro de la Nación, como lo corrobora el hecho de que dicha sociedad se encuentra sometida a todas las disposiciones y obligaciones emergentes de la ley de contabilidad, y debe, como lo recordaba la Suprema Corte en el fallo citado, rendir cuenta de su gestión a la Contaduría General de la Nación". [53]

Con criterio similar, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que "...también las entidades autárquicas a falta de precepto expreso en contrario se hallan regidas por la ley 13.064, aun cuando la sobras que ejecuten sean solventadas con fondos propios, pues pese al hecho de que la ley les asigne un patrimonio especial no por ello dejan aquéllos de ser fondos del Estado". [54]

En conclusión, toda entidad descentralizada del Estado nacional,

[52] La Sociedad de Beneficencia aquí mencionada es la creada por un decreto del 2 de enero de 1823 por la Provincia de Buenos Aires, transferida a la Nación por otro decreto del 15 de diciembre de 1880 y calificada como "dependencia administrativa del Estado" y como "entidad moral, a la que se entregó... una rama de la administración pública". Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Fallos", t. 114, p. 315, 322, *Pcia. de Buenos Aires c. Gobierno Nacional s/ reivindicación del inmueble Colegio de la Merced*, 1911. Fuera de estos casos de excepción, por supuesto, una sociedad de beneficencia es una entidad privada, y en tales supuestos sus contratos no serán en modo alguno contratos de obra pública.

[53] Cám. Civ. 2ª, Cap. *Figún c. Strassburger*, 1932, Gaceta del Foro, t. 103, p. 112.

[54] *Dictámenes*, t. 77, p. 157; t. 80, p. 30 y 116. Precedentes expresos o implícitos, t. 76, p. 183; t. 62, p. 112; t. 61, p. 252; t. 53, p. 322; t. 46, p. 312; t. 42, p. 81.

cuyos fondos hayan nacido de una afectación legal de recursos hecha por la Nación, o que de cualquier modo esté sometida al régimen de la ley de contabilidad y deba rendir cuentas a la Nación del empleo de sus fondos a través del contralor del Tribunal de Cuentas, [55] debe considerarse, a los efectos de la ley 13.064, como parte del Tesoro nacional; por lo que los contratos de locación de obra que realice serán "contratos de obra pública".

b) Empresas del Estado. En cuanto a las empresas del Estado, [56] igual ha sido el criterio expresado en el referido dictamen de la Procuración del Tesoro, en el cual se establecía: "En mi opinión, todas las obras públicas ejecutadas por el Estado, sea por sus dependencias centralizadas o por las descentralizadas o autárquicas, están comprendidas dentro de la ley 13.064. Ello como principio general que sólo puede ser objeto de excepción mediante una norma expresa que disponga la exclusión, tal como lo ha hecho la ley nº 13.653, sobre organización de Empresas del Estado, cuyo art. 8 dispone que a su respecto «no serán de aplicación las leyes 12.961 y 13.064 y toda otra disposición legal que se oponga a lo prescripto en la presente ley» ". [57] Ahora bien, dicha norma de la ley 13.653 fue modificada por la ley 15.023, que dispuso: "En todo cuanto no prevea la presente ley, los estatutos específicos de cada empresa y las reglamentaciones pertinentes, serán de aplicación la ley de contabilidad y la de obras públicas 13.064"; ello significa que, salvo disposición en contrario de los estatutos, la ley 13.064 es perfectamente aplicable a las empresas del Estado; y que, si bien los estatutos específicos de la empresa pueden establecer excepciones a algunas disposiciones de la ley 13.064, no pueden en cambio despojar a sus contratos del carácter de "contratos de obra pública" que la ley 15.023, por su remisión a la 13.064, les asigna.

De allí se sigue que todos los contratos de locación de obra efectuados por empresas del Estado entran también dentro del criterio de "fondos del tesoro de la Nación" y de "contrato de obra pública".

3) En cuanto se refiere a las obras realizadas por particulares, por entidades públicas no estatales, o por entes provinciales o interprovinciales, con fondos que les hayan sido suministrados por la Nación como ayuda gratuita al efecto de realizar la obra de que se trate, es evidente que tales fondos constituyen *subsidios*, y les alcanza en con-

[55] Que es el organismo que realiza actualmente las funciones de contralor anteriormente ejercidas por la Contaduría General de la Nación.

[56] Que son aquéllas regidas por las leyes 13.653, 14.380 y 15.023.

[57] *Dictámenes*, t. 77, p. 157.

[58] Como alguna vez se ha dicho, sin ofrecer mayores razonamientos: ver BIELSA, op. cit., p. 349, GRECA, op. cit., p. 210/1.

secuencia la exclusión que de ellos efectúa la propia ley 13.064. Dicha ley, en efecto, luego de definir como contratos de obra pública a los que se ejecuten "...con fondos del tesoro de la Nación..." agrega a continuación "...*a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial*..." (art. 1).

Se desprende de tal disposición, que todos los casos mencionados, en que entes provinciales o particulares reciben subsidios (aportes, ayudas, contribuciones, etc., con carácter de donación) para la realización de una obra pública, no son "contratos de obra pública" regidos por la ley 13.064 En la ley 775, que decía que se regían por ella las obras efectuadas "*por cuenta* de la Nación", podía haber existido alguna duda. El factor de que la obra fuera en algún sentido hecha *por cuenta* de la Nación, unido a que se hubiera hecho un aporte, podía hacer pensar que aunque el contrato lo celebrara por ejemplo una provincia, el mismo era un "contrato de obra pública" regido por la ley nacional 775. Pero la situación ha cambiado en la ley 13.064, que ha suprimido el requisito de que la obra sea "por cuenta" del Tesoro nacional, estableciendo tan sólo que sea "con fondos" del mismo: ello, unido a la expresa exclusión legal de los subsidios, lleva a la conclusión ineludible de que tales contratos no están comprendidos en la ley 13.064. Por ello, cuando la Nación da subsidios a entes que no integran la administración nacional centralizada o descentralizada, para que realicen determinada locación de obra, no por ello se altera el régimen jurídico propio de ésta, y por lo tanto ella se rige por las normas que les sean pertinentes (si es una provincia, la ley de obras públicas local; si es una entidad privada, el Código Civil); esto es así, al menos, mientras no se dicte la "ley especial" a que hace referencia el artículo 1º de la ley 13.064.

4) Nos queda finalmente por considerar el caso en que cualquiera de los entes recién mencionados realizara una locación de obra en base a un *préstamo* del Tesoro nacional. La respuesta es fácil: los fondos no son en tal caso técnicamente de la Nación, pues han pasado a ser de páráopiedad del ente que recibe el préstamo, y se han transformado simplemente en un derecho creditorio del Estado contra él; el contrato no está pues regido por la ley 13.064.

Resumiendo, advertimos: 1) que todas las locaciones de obra contratadas por cuenta propia por la administración nacional centralizada o descentralizada, son contratos de obra pública, sin distinción alguna; 2) que todas las locaciones de obra efectuadas por otros entes que no sean la administración nacional centralizada o descentralizada (Provincias, entes provinciales, entes públicos no estatales, entes o personas privadas) se rigen por sus regímenes específicos y naturales (leyes provinciales de obras públicas; Código Civil), aunque empleen en la financiación de la obra subsidios o préstamos del Tesoro nacional; o sea, que

el empleo de parte de los fondos del tesoro de la Nación no significa, en ninguno de estos casos, que el contrato se rija por la ley 13.064.

En conclusión, *las obras que se realizan con fondos del Tesoro nacional son, dentro del concepto de la ley 13.064, única y exclusivamente las que contrata el Estado nacional, centralizado o descentralizado,* en su nombre y cuenta propios.

D. *Definición de contrato de obra pública*

De todo lo que antecede surge que el contrato de obra pública nacional, por su naturaleza, se caracteriza por los siguientes elementos:

1) es una locación de obra;

2) puede referirse a inmuebles, muebles, u objetos incorporales (a diferencia del derecho comparado, en que sólo se refiere por principio a inmuebles);

3) no requiere tener ningún fin público especial (a diferencia del concepto doctrinario, que exige siempre que la obra tenga "un fin público");

4) es celebrado por la administración pública nacional, centralizada o descentralizada, en nombre y cuenta propia (lo que equivale a decir que "...se ejecuta con fondos del Tesoro de la Nación..."). Ello significa a nuestro juicio que la crítica tan insistente y vieja, respecto a la presunta incorrección científica del concepto contenido en la ley 13.064, es inexacta; pues es bien evidente que bajo esa aparente noción "financiera" puede encontrarse y desarrollarse, mediante una razonable investigación, una noción jurídica clara y concreta: la de que son contratos de obra pública *todas las locaciones de obra celebradas en nombre y por cuenta propia por el Estado nacional, centralizado o descentralizado, con otro sujeto de derecho.*

Por ello no consideramos que pueda criticarse al criterio legal por errado o ajurídico, [68] y entendemos que sólo puede decirse que es una defectuosa expresión de un correcto criterio; y que lo que corresponde es tan sólo dejar de lado la expresión aparentemente "financiera" y los otros defectos técnicos de la norma, pero manteniendo el criterio jurídico que la ley ofrece y que surge al análisis detenido de la misma.

ESQUEMA SOBRE LA TEORIA DEL DERECHO AERONAUTICO

HÉCTOR NEGRI
Prof. Interino (ad-hon) de
Introducción al Derecho

I

No existe conducta humana capaz de aparecer en interferencia con otra, que no pueda ser jurídicamente determinada y valorada con arreglo a los criterios de licitud e ilicitud.

En este sentido, bien puede considerarse al derecho como inagotable. No hay hecho humano, no hay actuación por novedosa que sea, por diversa o heterogénea, que no pueda ser considerada *sub specie juris.*

Cuando los desarrollos siempre continuados de la ciencia y de la técnica incorporan de pronto, al mundo fenoménico, algún objeto nuevo, y cuando en torno a ese objeto, directa o indirectamente, la actuación de las personas se desenvuelve, los nuevos acontecimientos pueden, desde su inicial producción, ser avaluados como justos e injustos. A tal respecto, un silencio del derecho o la posibilidad de una indiferencia son ciertamente impensables.

Ello es así en el plano de las conciencias, en donde el derecho tiene su origen, su nacimiento. En el orden de su institución histórica, las lagunas son perfectamente posibles y aún frecuentes, y en este sentido es obvio que cuando una serie nueva de relaciones o de actos humanos tiene lugar por hallazgo o por creaciones de tipo científico o técnico, deficiencias más o menos complejas se advierten en los órdenes efectivamente dictados (positivos).[1]

[1] La existencia de lagunas en los órdenes jurídicos positivos aparece hoy día controvertida en las expresiones doctrinales. A partir sobre todo de la difusión de la obra de Kelsen, sobre la base de aplicación de cierto principio inherente a todo sistema de derecho (lo que no está prohibido está permitido) se ha vuelto frecuente sostener la tesis negativa. La observación kelseniana es empero incorrecta en cuanto pretende derivar de una observación indiscutible, (como es la que con esa correlación permitido-prohibido se traza) una consecuencia noto-

Hace no muchos años, esfuerzos de tipo experimental que en el campo de la aerodinámica habíanse iniciado, culminaron con un desarrollo altamente considerable de los aparatos de traslación por aire (tanto dirigibles como aerostatos y aviones) y, consecuentemente, con el nacimiento de la navegación aérea en forma constante e ininterrumpida.

Cuando los primeros aviones surcaron el espacio, un orden nuevo de problemas se abría para el derecho. Bien que ellos tuvieran ya en el plano de las conciencias, por incuestionable aptitud humana, su solución fijada, los países debieron afrontar en sus campos positivos la institución histórica de normas, su reconocimiento legislativo o convencional.

Apareció entonces una nueva serie de prescripciones jurídicas, vinculadas todas por su común referencia a los aparatos de vuelo.

Con ellas, surgió también la posibilidad de una teoría general que las sistematizara y expusiera de modo orgánico.

El presente trabajo no pretende sino referir de una manera breve los lineamientos de esa teoría general del derecho aeronáutico, tal como se ha constituido. Revelar sus problemas más intensos y los posibles términos de sus soluciones; y mostrar como a lo largo de sus desarrollos, un especial cuidado en afirmar la libertad de la navegación aérea se ha destacado, precisamente porque en ella está comprendida la libertad del hombre, y su propia y particular jerarquía.

Definición del derecho aeronáutico [2]

El problema que inicialmente preocupa en una investigación de tipo teórico sobre el derecho aeronáutico, es el de determinar mediante una definición, la precisa descripción del objeto en torno al cual los análisis habrán de realizarse. [3]

---

riamente inconexa a ella. De ese modo lo único que se ha logrado ha sido desplazar el problema de donde una teoría largamente construida lo había adecuadamente ubicado.

Sobre todo ello DEL VECCHIO. La crítica a la construcción kelseniana aparece en nuestro trabajo "Las lagunas en el derecho positivo".

[2] FEDERICO N. VIDELA ESCALADA: *El Derecho Aeronáutico, rama autónoma de las ciencias jurídicas.* Tesis presentada para optar al título de doctor en jurisprudencia, Buenos Aires, 1948, Capítulo II.

[3] En torno a la determinación conceptual así lograda la teoría habrá de constituirse. Por eso la importancia fundamental de este primer paso en la investigación teórica, sobre cuya prioridad y valor coinciden normalmente los trabajos epistemológicos. Conf. J. S. MILL, *A System of Logic ratiocinative and inductive*, I, 175, 4ª ed.

Por supuesto que dependiendo esta clase de estudios de un margen de valoraciones individuales, las definiciones que sobre el particular han intentado los autores, divergen muchas veces en sus términos.

No debe creerse sin embargo que esas divergencias lleguen a lo sustancial, tanto como para impedir una fórmula que en sus palabras recoja lo verdaderamente central en ellas.

Una determinación adecuada puede ser la siguiente: el derecho aeronáutico es el conjunto de normas de derecho público y privado, de orden nacional e internacional, que rigen las relaciones nacidas de la circulación aérea. [4]

Si la definición es la expresión de aquello que va a ser materia de las investigaciones, nos parece que la fórmula apuntada puede servir para constituir sin dificultades las bases de una teoría del derecho aeronáutico, en la medida en que llena a su respecto los requisitos básicos de toda definición: comprende sin exclusiones los que pueden ser sus problemas, y no incorpora cuestiones que puedan resultar ajenas al mismo. [5]

Caracteres

Es también preocupación inicial de la teoría el fijar algunas características propias de esa rama del derecho. Particularmente esas condiciones suyas de internacionalidad y de movilidad. [6]

El derecho aeronáutico está en buena medida integrado por normas de vigencia internacional. Ello es consecuencia directa del medio en el que la aeronavegación se desarrolla, y es también resultante de la casi ilimitada aptitud de traslación de los aparatos aéreos, y de las posibilidades cada vez más amplias de extensión geográfica de los vuelos

Por lo mismo que existen entonces acuerdos y congresos internacionales para lograr un uniforme tratamiento [7] en lo atingente a la traslación por aire y a sus cuestiones conexas, la teoría ha cuidado de destacar siempre el referido carácter, que ya es muy importante en el campo de las soluciones concretas.

[4] En lo sustancial VIDELA ESCALADA, página 47 in fine. Antes de llegar a ella el autor transcribe y analiza críticamente algunos de los intentos definitorios más conocidos.

[5] ROMERO, F. LÓGICA, decimoséptima edición, página 65 y siguientes, 121 y siguientes.

[6] Sobre ellos seguidamente. Acerca de tales condiciones es minucioso el análisis de LUIS TAPIA SALINAS, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Barcelona, 1944, página 17 y sig.

[7] También PODESTÁ COSTA, *Derecho Internacional Público*.

El derecho aeronáutico es un derecho de movilidad permanente, además. Es decir, es un derecho en permanente adaptación a las cambiantes exigencias sociales que se vinculan a su objeto.

Es un derecho en formación: pero en formación pronunciada, violenta, cotidiana.

Otras ramas del derecho sugieren cierta estabilidad en sus normas, o por lo menos, una cierta constante en las soluciones generales, por la reiterada adopción de criterios uniformes. [8]

En el derecho aeronáutico todo es nuevo, y además, por el progreso sencillamente fantástico de los aparatos de vuelo, necesidades, problemas y funciones se transforman y continúan, sin cesar, transformándose.

Ese carácter de movilidad no significa, por supuesto, la negación de consideraciones superiores de derecho natural, ciertamente inmutables: significa observar las dificultades que aparecen en el ámbito de las legislaciones que pretendan una permanencia más o menos extensa, y en las teorías que quieran cierta perduración. [9]

El espacio aéreo

Otro de los problemas fundamentales que conciernen a esta ciencia del derecho aeronáutico es el relativo al espacio aéreo. Desarrollan los autores con cuidado su problemática.

El espacio aéreo es el medio en el cual se desenvuelven las actividades de aeronavegación, y en donde ocurren la mayor parte de los problemas cuya regulación corresponde a la mencionada rama del derecho. [10]

La doctrina, en general, al considerarlo, ha tenido especialmente tres preocupaciones: definir con exactitud su significado; precisar en qué condiciones y bajo qué extremos un derecho real de propiedad es posible sobre él mismo; y fijar los límites y la extensión que la soberanía que sobre él se ejerce.

En lo relativo a su definición, cierta unanimidad existe: espacio aéreo es la porción de la atmósfera comprendida entre el suelo y la

[8] El derecho aeronáutico en cambio no tiene historia, o su historia es tan breve (tan vertiginosa) que las soluciones carecen de esa inevitable convalidación que traen los siglos.

[9] TAPIA SALINAS, op. cit., página 18.

[10] AMBROSINI ANTONIO, *Corso di Diritto Aeronautico*, Roma 1935, VI, pág. 60.

altura hasta donde, natural o artificialmente, la vida es posible para los hombres. [11]

Acordar hasta qué punto la extensión así descripta puede ser materia de dominio privado, es en cambio difícil de precisar. No ciertamente porque semejante espacio no sea materialmente susceptible de atribución dominial por alguna característica intrínseca suya, sino directamente porque, a poco que se piense, se verá que la misma circulación aérea está condicionada a la solución que sobre el problema se adopte. Diversas teorías con contenidos también diversos se han pronunciado sobre el problema. Intensos son los desarrollos en la doctrina francesa e italiana.

En los códigos civiles tradicionales, la propiedad sobre el suelo era entendida como de extensión sin límites en su proyección hacia lo alto. [12] En épocas anteriores a la traslación por aire, una tal atribución era en rigor indiferente y apenas teórica. Pero apenas desarrollado el tráfico aéreo, la cuestión exigió su replanteo, con toda intensidad.

Se trataba por supuesto de algo de vida o muerte para las aeronaves: hubiera bastado que los propietarios esgrimieran sus derechos y pidieran judicialmente su defensa, para que el vuelo de las aeronaves quedara virtualmente impedido, ante la necesidad de no desplazarse por sobre fundo alguno en propiedad durante su trayectoria.

De allí que desde entonces la cuestión de la posible titularidad privada por sobre el espacio aéreo haya sido motivo de constantes elaboraciones.

Sin intentar historiarlas, puede sobre ellas advertirse una progresiva tendencia a la limitación del derecho superficiario. De este modo, una paulatina afirmación de la que es ya idea central sobre el problema se iba logrando. Hoy, como determinación alcanzada, puede aseverarse lo que sigue: el espacio aéreo, no es susceptible de propiedad privada: al ejercer el dueño de la superficie una efectiva porción de él, se convierte en titular del dominio sobre ella; pero en general, y en cuanto la tal ocupación no se verifique, el espacio aéreo es primordial y esencialmente libre. [13]

[11] MARCEL LE GOFF, *Traité Théorique et Practique de Droit Aerien*, París, 1934, página 6.

[12] Código Civil Francés, art. 552. Antiguo Código Italiano, art. 440, etc.

[13] Sobre ello VIDELA ESCALADA, página 69 y ss. Esa libertad de este modo enunciada no debe, obviamente, entenderse en sentido absoluto: véase infra. La general tendencia hacia un reconocimiento progresivo de restricciones dominiales sobre el espacio aéreo (que es también la general tendencia hacia la libertad del hombre en su capacidad de traslación) aparece así como el permanente reco-

Como reduplicando, con alguna imprecisión, el problema dominial, en el ámbito público se ha planteado la cuestión de la soberanía.

Si cada estado pudiera fijar absolutamente, sin restricción alguna, las limitaciones que quisiera en lo atingente a los vuelos, la actividad aeronáutica acabaría extinguiéndose.

Una actitud cerrada en el ámbito internacional lleva a represalias: un estado cuyos aviones están impedidos de cruzar por otro estado cierra sus fronteras, y al poco tiempo, el espacio aéreo todo, ilimitado físicamente, se fracciona y no sirve ya para el vuelo de las aeronaves.

Por eso, y porque principios más elevados de libertad del hombre se comprometen aquí, es consideración prevaleciente entre los teóricos de este sector de la ciencia jurídica, la que de por sobre las inevitables reglamentaciones un superior criterio de libertad debe imperar a este respecto. Que la soberanía de los estados sobre el espacio aéreo no puede ser absoluta, y que toda restricción que llegue más allá de lo que la propia seguridad del estado y de la aeronave indique, debe ser considerada injusta.

El criterio que afirma esta soberanía restringida no es por supuesto único: teorías de corte absolutista han negado su vigencia y proclamado la ilimitada aptitud de cada estado para impedir los vuelos. La discusión doctrinal ha sido intensa. [14]

Pero como razones más profundas la convalidan, esta posición que declara ininpedible el tráfico inocuo es ciertamente la llamada a triunfar. Por lo menos es evidente la reiterada adhesión que en el ámbito de los desarrollos doctrinales ha alcanzado.

II

El problema de la soberanía sobre el espacio aéreo

Si bien es ajeno al propósito de una teoría general el reseñar históricamente las soluciones que para determinados problemas algunos de sus teóricos han desenvuelto, en la *vexata quaestio* de la soberanía sobre el espacio aéreo, una tal reseña resulta imprescindible. Ella puede acaso

nocimiento de la jerarquía misma del hombre, en juego toda vez que de su propia libertad se trata. Véase sobre esto nuestro trabajo "La Justicia y el fundamento intrínseco del Derecho". Análogo reconocimiento puede verse en la cuestión en muchos aspectos semejante de la navegación en los ríos internacionales. Nos ocupamos detenidamente de ello en el informe presentado ante la Comisión Argentino-Paraguaya del Apipé, publicado en la Revista Estudios de enero-febrero de 1964.

[14] Sobre ella, seguidamente.

mejor que cualquier otra consideración revelar la magnitud del debate y el fervor de los argumentos esgrimidos.

El problema es el siguiente: cada estado ejerce sobre su territorio el imperium, que es la expresión interna de su propia soberanía. ¿Hasta qué punto el espacio aéreo que lo accede y limita físicamente es lugar a donde esa soberanía se extienda? O dicho de otra manera: si puede y hasta qué extremos puede un estado reglamentar, limitar o impedir la navegación aérea por sobre su territorio.

Los autores que primero analizaron el problema se pronunciaron por un criterio restrictivo hasta términos mínimos en cuanto al poder de cada estado, y amplísimo en su libertad para la navegación aérea.[15]

Fue frecuente entonces la proclamación de la identidad entre la situación jurídica del mar y la del espacio aéreo.[16]

De la misma manera en que el mar aparece abierto a toda navegación, decían, así también debe serlo el espacio aéreo.

Esta identificación entre el mar y el espacio aéreo, conveniente sin duda para afirmar el criterio en la libre aeronavegación que postulaba, es sin embargo falsa y deficiente en los hechos mismos. Sólo de un modo metafórico e impreciso podía atribuirse a realidades físicas de sí tan divirgentes, tal identidad; y el trasplante de la solución, como todo otro trasplante en el ámbito doctrinal, resultaba a la postre equívoco e inconveniente. La teoría de la libertad podía de todos modos ser sostenida con otros argumentos.

Entre los autores que con más ardor defendieron la libre navegación aérea debe destacarse el francés Fauchille.

Con infatigable fe expuso y desarrolló una teoría sobre el particular, y durante muchos años, en sus trabajos y propuestas, la defendió ante los organismos internacionales.

La teoría de Fauchille es la siguiente: el aire, por sus especiales características, no es susceptible de apropiación, y por eso mismo, no puede estar sometido a la soberanía del estado subyacente. Un estado podría a su respecto ejercer una facultad teórica, desprovista de implicancias prácticas pero no podría pretender ejercer una autoridad efectiva sobre la atmósfera, ni negar la libertad del espacio para los vuelos.

[15] ISIDORO RUÍZ MORENO, *Derecho Público Aeronáutico*, página 30 y siguientes.

[16] El argumento por analogía llevada a incorporar al ámbito de los problemas de aeronavegación las soluciones ya defendidas para la navegación marítima internacional. Sobre éstas véase nuestro "Informe..." ya citado en nota 13.

Además, el aire vincula a todos los países miembros de la comunidad internacional, ya que está en contacto con todos. Y esa universalidad ya señala, ya prefigura el generoso criterio universalista que debe acompañar a toda determinación sobre las posibilidades de vuelo. [17]

La teoría de la libertad absoluta, brillante por sus propósitos liberales, no podía sin embargo propiciarse como esquema de aplicación concreta, porque contrariamente a lo que su autor pensaba, una libertad absoluta de navegación y la consecuente omisión de toda regla que prescribiera sobre la navegación aérea no podía tener sino consecuencias obstativas para el tráfico.

Alguna regulación es siempre necesaria —es imprescindible hasta se podría decir— y ella resulta incompatible con la tesis de Fauchille.

Por otra parte, desde el mero punto del rigor teórico y técnico con que la teoría había sido formulada, la identificación del espacio aéreo con el aire, y la confusión a veces destacada entre la soberanía y la propiedad, la hacían muy vulnerable.

Algunos autores se ensañaron así con ella, y esgrimieron la tesis directamente contraria de la soberanía absoluta. Tenía sin embargo positivo valor, por esa tentativa de convalidar jurídicamente la libertad de navegación aérea, aunque se equivocara al pretenderla ilimitada.

La tesis de la soberanía absoluta sobre el espacio aéreo, sostuvo la potestad ilimitada y total del estado subyacente, para dictar normas que reglamentaran o limitaran el tráfico aéreo.

Esta teoría, proclamada enfáticamente por casi todos los códigos y leyes orgánicas de la aeronáutica, es, como la otra, inaplicable en la medida en que no se la alcance con limitaciones que impidan su exageración inicial.

Que el espacio aéreo dependa del estado subyacente, parece en realidad razonable, incluso por la cercanía física entre ambos: pero de ahí a concluir facultades discrecionales sin límite alguno hay una diferencia enorme.

La omnipotencia de cada poder público es sólo aparente. El ser miembro de una comunidad civilizada, obliga a los Estados a no llevar sus determinaciones hasta puntos en donde ellas provoquen un perjuicio a los demás. Y un sentido de justicia, ínsito en toda determinación jurídica, fuerza a no olvidar la libertad del hombre, que es también la libertad de los aparatos de vuelo de que él se vale.

[17] Conf. la nota anterior. Sobre FAUCHILE, véase el *Derecho Público Aeronático* de I. RUÍZ MORENO, en las páginas ya mencionadas en la nota 15.

Se trata en consecuencia de propiciar una teoría intermedia, más acorde con las exigencias deontológicas y con las particulares necesidades de custodia y defensa, que supere los excesos de las teorías absolutas.

Los autores contemporáneos, en armonía con las exigencias mencionadas, han expuesto las bases de lo que es una teoría intermedia como la que se pide. [18]

Estas bases de construcción son dos. En primer lugar, todo ejercicio de una soberanía es limitado. Esa limitación surge no como graciosa autorestricción sino por el inequívoco imperativo que proviene de pertenecer a una comunidad internacional, de cuya consideración el estado no puede razonablemente desvincularse.

En segundo lugar, y consecuentemente a esa restricción soberana, todo avión tiene derecho al tránsito inofensivo, inocuo, por sobre el territorio de otro estado, con las solas restricciones reglamentarias que determina la propia seguridad del estado y del aparato aéreo.

Sobre la base que esas dos consideraciones acuerdan, una fundada superación de los extremos puede intentarse en la materia. La expresión tránsito inofensivo, tránsito inocuo, es, por otra parte, suficientemente clara y común en derecho internacional público como para que los derechos y obligaciones correlativas en la materia puedan quedar con suficiente claridad fijados.

Problemas de la teoría aeronáutica

Al lado del de la soberanía, cuya polémica ha sacudido con vigor tan destacado el ámbito de las construcciones teóricas en esta disciplina, otros problemas preocupan en esta materia, y no pueden ser omitidos en su consideración por una teoría general.

De ellos, es destacado el relativo a la situación jurídica de las aeronaves.

La aeronave, como se comprende, es el objeto más trascendente de esta disciplina, sustancialmente aquél que ha determinado su nacimiento.

Como elemento móvil, idóneo para entrar y salir de un país, trasladarse, trasladar personas, capaz de producir daños, lleva a considerar cuestiones en torno suyo de la más variada especie. Entre ellas, la doctrina ha destacado preferentemente las siguientes: su mera determinación conceptual, es decir, fijar cuáles son las notas que caracterizan a una aeronave como tal: su individualización; su nacionalidad, su domicilio; las clasificaciones posibles y el diverso régimen jurídico de cada una de ellas.

[18] Página 46 y siguientes del libro de *Le Goff* ya citado.

Para ejemplificar de alguna manera cómo se han desarrollado esos problemas puede describirse brevemente la cuestión de la nacionalidad, que es la que ha merecido más detenidas consideraciones. [19]

Nacionalidad de las aeronaves

Las aeronaves tienen nacionalidad; se trata de una atribución generalmente reconocida esta de la nacionalidad, e indispensable en alguna medida. Piénsese que la aeronave por su enorme independencia y velocidad atraviesa en el transcurso de su vuelo muchos lugares sometidos a soberanías diversas y aún no sometidos a pabellón alguno. Sobre todos esos sitios pueden tener lugar hechos jurídicos; pueden producirse delitos, contratos, daños, etc. En todas esas circunstancias es imprescindible que la aeronave tenga una nacionalidad, pues de lo contrario, situaciones habría sin posibilidad de solución alguna.

Para determinar qué nacionalidad debe atribuírseles la doctrina ha elaborado diversas fórmulas. Así, se ha dicho que deben las aeronaves tener la nacionalidad del lugar de construcción, o la del puerto de base, o la nacionalidad del propietario o la del domicilio del dueño. Cada una de esas teorías ha sido sostenida por tratadistas de prestigio y convalidada a veces por graves y hondos argumentos.

Puede señalarse sin embargo en los últimos tiempos una preferencia general para aquella concepción que ha buscado resolver el problema sobre la base que da el domicilio de los propietarios del aparato, no porque la teoría en sí misma tenga alguna superioridad axiológica sobre las otras, sino porque todas las razones de tipo práctico parecieran favorecerla. El domicilio de los propietarios es fácilmente determinable aún en el caso de personas de existencia ideal, y resuelve con holgura una serie de problemas que aparecen como graves en las otras concepciones.

En el país cuya nacionalidad corresponde a la aeronave, ella debe ser matriculada. Es esta una disposición de tipo positivo que en general han reproducido los textos legales sobre la materia. La matrícula es un registro de la aeronave, para su identificación.

A cada aeronave corresponde además un certificado de navegabilidad en donde constan sus aptitudes de vuelo así como ciertos detalles técnicos. Y es habitual la exigencia de determinados libros de a bordo como el diario de navegación, el diario de señales, la cartilla del motor, etc.

Si bien se trata de exigencias contingentes a lo que en cada país se haya considerado como más apropiado, cierta unanimidad en las legislaciones, la costumbre y los acuerdos internacionales han identificado en

[19] MICELE FRAGALI, *Lezioni de Diritto Aeronautico*, página 276 y siguientes.

buena medida las soluciones; de todos modos la teoría del derecho aeronáutico en general nunca prescinde del análisis de ellas.

Otras cuestiones

Hay muchos otros problemas aún, problemas de los que una teoría sobre la materia debe dar cuenta: los relativos al personal aeronavegante; los correspondientes a la circulación de los aparatos, los referidos a servicios y organizaciones de infraestructura: el transporte de mercadería y el transporte de personas de importancia cada vez mayor; los atingentes al transporte postal, y las cuestiones siempre apremiantes de la responsabilidad en el transporte; los seguros aéreos; la hipoteca y el embargo en aeronaves; la guerra aérea. Y como sobresaliendo de todos ellos por sus implicancias humanas el ya aludido de la libre navegación aérea.

Este panorama general del derecho aeronáutico quiere mostrar solamente los aspectos centrales del esfuerzo teórico por reunir y sistematizar orgánicamente, las determinaciones jurídicas positivas en la materia.

Por eso, acaso baste para su limitada aspiración, esa sola indicación de su presencia. [20]

[20] Sobre los indicados problemas, la magnífica obra de VIDELA ESCALADA, particularmente en sus capítulos III y IV.

ACCIONES REALES: SU AMBITO DE APLICACION

MIRIAM SMAYEVSKY

I.— LA ACCIÓN

Acción y derecho: materia y forma, ambos constituyen los aspectos estáticos y dinámicos de la Ciencia Jurídica. De su acabada reciprocidad y correspondencia, surge la efectiva aplicación de los principios contenidos en las normas legales.

La acción es el medio por el cual se persigue un derecho en juicio. Dicho en síntesis: es la persecución judicial de un derecho. Comprende, todos los medios eficaces, apoyados en la fuerza social, que tienden a obtener, conservar o recobrar, los derechos individuales consagrados por la ley. Es una invocación, que se hace a la autoridad pública instituida a fin de proteger la vida, el honor o los bienes de los particulares, cuyos derechos no se han respetado. Instintiva, es la necesidad de tales medios; por ello se suple la administración de la justicia por sí mismo, motivo de graves perturbaciones al orden social, por un sistema organizado y eficaz, integrado por jueces y magistrados a quienes se acude en procura de justicia. Solamente como excepción, se autoriza a rechazar la fuerza con la fuerza, cuando lo requiera la inminencia del mal y la sociedad no pudiera acudir con la celeridad del caso.

Todo derecho, en la acepción de facultad, toma como consecuencia de su violación, un aspecto determinado, ya se trate de derechos existentes en relación a todos los hombres, ya se ejerciten con determinados individuos, cuyo último carácter presentan, desde luego, las obligaciones.

La violación de un derecho, no puede concebirse, sino por el hecho de una persona determinada, estableciendo así, una relación de derecho especial y nueva, entre el titular y el autor del hecho-violación, cuyo contenido es, precisamente, la reparación de la violación. Esta reclamación ofrece el carácter de una obligación, y coloca a actor y demandado en la situación respectiva de acreedor y deudor. Mientras permanece en estado de posibilidad y no determina acto alguno de la parte lesionada, no se constituye en verdadera y perfecta obligación; permanece como un

germen, que por su natural desenvolvimiento, es susceptible de convertirse en verdadera obligación.

Resumiendo: bajo un aspecto general, toda acción implica necesariamente dos condiciones: un derecho y la violación de ese derecho. Si el derecho no existe, la violación no es posible; y si no hay violación, el derecho, no puede revestir, la forma especial de una acción. Al decir de la doctrina moderna, no existe la "actio nata".

Indagando sobre los orígenes etimológicos del vocablo acción, se encuentra que proviene del verbo latino "agere", cuyo significado es ejecutar. Sus fundamentos históricos, vieron la luz en el Derecho Romano y a través de sus épocas evolucionaron, incidiendo incluso sobre su denominación y naturaleza jurídica.

En los primeros tiempos, rigen las "legis actiones", y la acción se refiere siempre a la forma; designa lo que es preciso hacer para atacar la violación y consiste siempre en actos simbólicos y fórmulas verbales, rigurosamente determinadas. Las acciones de la ley, eran una denominación genérica del conjunto de formalidades que las partes debían cumplir ante el magistrado, independientemente del derecho que se reclamaba. Con la abolición de las legis actiones, las fórmulas vinieron a ser la base de todo procedimiento. La acción era la fórmula, que el demandado entregaba al actor y por la cual se investía al juez de la facultad de condenar o absolver según que la cuestión propuesta debía resolverse afirmativa o negativamente; por eso Celso la definió así: "Como el derecho de reclamar en justicia (ante el judex) lo que nos es debido".

Este estado de cosas subsistió tanto como en el ordo judiciorum, y así existió en la época de los jurisconsultos clásicos. Entonces actio designaba principalmente el derecho de acción y fórmula la forma de la misma, por más que esta distinción no se observase siempre con todo rigor. Aquí tampoco la acción, estaba vinculada al derecho autónomo, es recién con la desaparición del procedimiento extraordinario de la división de la instancia entre el magistrado y el juez, cuando se suprime la fórmula y la acción pasa a ser elemento del derecho.

En este período, la acción dejó de ser un concepto autónomo para convertirse en parte del derecho mismo y confundirse con él, y aún puede decirse que lo absorbió. Así, ya no se preguntaba si una persona tenía un derecho a una cosa, sino, si tenía acción para reclamarla.

Después de la abolición del ordo judiciorum, es decir poco después de Constantino, pierde significación la fórmula, mientras que las acciones existían como antes. Siguiendo este sentido, los redactores del Digesto, han extractado de los escritos de los antiguos jurisconsultos los caracteres de la actio y las instituciones de Gayo, fueron incluidas, algo modifi-

ficadas, en las Institutas de Justiniano, con ambas acepciones de acciones reales y personales.

En esta breve síntesis de la historia y evolución de la acción, se observa la fraseología incierta, que por largo tiempo invadió su aplicación. En definitiva, el concepto y por ende la definición de la acción, depende de la doctrina que se sustenta, en cuanto a la naturaleza jurídica, contenido y dirección del derecho.

La escuela clásica, llamada tradicional, con sus precursores, Savigny y Aubry et Rau, reconocen a la acción, como elemento del derecho, que se pone en movimiento como consecuencia de una violación. Presuponen la existencia de elementos constitutivos, que son el dercho, interés, calidad y capacidad y en torno a ellos, se formula el corolario de que no hay Derecho sin Acción, no hay Acción sin Derecho y la Acción participa de la naturaleza del Derecho.

La reacción contra esta concepción, se inicia en 1857, con la polémica, entre Windscheid y Muther ("La acción del derecho romano desde el punto de vista del derecho moderno", Düsseldorf 1856 y "La teoría de la acción romana, del derecho de obrar moderno, etc.". Erlangen 1857) que tuvo la virtud de despertar el interés por los estudios sobre la acción y el proceso. La acción es considerada un derecho autónomo, concepto que impera en la doctrina moderna y en la ciencia procesal contemporánea.

La acción, como fundamento de la facultad reconocida a los individuos, para exigir la intervención del Estado en la solución de sus conflictos jurídicos y las teorías que en torno a ella se han enunciado, han superado el campo de la doctrina y la investigación, para incidir directamente en una cuestión de técnica legislativa con referencia al derecho positivo de los países del mundo.

II.— Clasificación de las acciones — Acciones reales y personales

La división más importante de las acciones, en virtud de que se funda en su íntima naturaleza jurídica, es la de acciones reales y personales.

Así, se conocieron en el Derecho Romano, a través de sus textos, el más explícito en el Digesto (Libro XLIV - título VII - ley 25) donde sigue a Ulpiano y en la Instituta, (Libro IV - título 6º - párrafo 1). El fundamento de esta división, se encontraba en la causa de que dimana la acción. En rigor de verdad, el Derecho Romano que no conoció ni formuló una teoría científica del derecho, sino a través de la naturaleza de la acción, vislumbró la existencia de derechos reales y personales.

El fundamento de esta división dentro del Derecho Romano, se fundaba en que unas acciones provienen de un derecho en la cosa y otras, de un derecho a la cosa; división que como está en la esencia de las cosas, se presenta siempre en todos los países, si no bajo la misma nomenclatura, al menos con los mismos efectos. En Roma, se presentó de esta manera, tanto durante la vigencia del sistema de las acciones de la ley, como durante el procedimiento formulario y posteriormente con los juicios extraordinarios. Corroborando lo expresado: la causa de una acción o es un derecho absoluto, un DERECHO REAL fundado en la relación permanente entre una persona y una cosa; o bien deriva de una obligación, esto es, de un derecho relativo a la persona que nos está obligada a dar, hacer o no hacer una cosa, y es entonces un DERECHO PERSONAL.

El principio de la división de las acciones se determina todavía, con más exactitud, atendiendo a las consideraciones siguiente: Antes de trabarse completamente el debate judicial (esto es, antes de la litis contestatio), existe o no determinadamente una obligación propiamente dicha. En el primer caso es in personam. en el segundo, in rem. No es, pues, circunstancia decisiva la existencia de la obligación antes de que la violación tenga lugar, así es que tanto las acciones que resultan de los contratos, como las que nacen de los delitos, son personales, y sin embargo, las primeras existen, no sólo antes de la litis contestatio, sino también antes de la violación, y las segundas sólo de ésta nacen. Tratándose de la propiedad, por el contrario, la simple violación, engendra ciertamente una relación semejante a una obligación, pero la obligación verdadera y propiamente dicha, sólo existe después de la litis contestatio; y esa es la razón por la cual nos encontramos frente a una acción in rem.

Con respecto a las acciones personales, nadie duda que pertenece únicamente a esta categoría las que protegen las obligaciones. Luego se deduce que si la división ha de agotar todas las materias del derecho, las acciones in rem han de proteger las relaciones que resultan del derecho de las cosas, del derecho de sucesión y del derecho de familia. Por eso en la época del procedimiento formulario, se perseguía una obligación, cuando en la intentio de la fórmula se contenía necesariamente el nombre del deudor y se daba en ese caso, una actio in personam. En cambio, cuando la designación se concebía de una forma general, al perseguir un derecho a la cosa, se trataba de una actio in rem. Van Wetter las diferencia breve y claramente; y respecto a las llamadas acciones mixtas del Derecho Romano, tales como las de partición de herencia (actio communi dividundo), petición de herencia (hereditatis petitio), de la comunidad accidental, actio finium regundorum y actio familiae erciscundae, nos dice, que no se tratan de acciones reales y personales

al mismo tiempo, sino que en ellas se daban efectos o caracteres de una u otra clase, pero separadamente.

Pasando en especial a las acciones reales, cuyo estudio nos interesa, y siguiendo el esquema de Van Wetter, distinguimos la reivindicatoria, la negatoria y la confesoria.

La acción reivindicatoria, es la acción real, que corresponde al propietario de una cosa, con el objeto de hacer conocer su derecho de propiedad y obtener la restitución de la cosa. Obsérvese, la denominación de "propietario" y se debe recordar que en aquella época, la terminología jurídica era sumamente indefinida, y en especial en lo que competía al señorío sobre las cosas. Así propiedad, posesión y dominio, eran utilizadas, frecuentemente con sentido amplio y semejante.

La prueba de la reivindicación romana, era sumamente rígida y digna de ser imitada por las legislaciones posteriores, dada la gravedad que reviste esta acción, por la cual se modifica el derecho real. El que la entabla, deberá ante todo, probar que es el verdadero dueño de la cosa litigiosa, o que lo era al menos, al contestarse la demanda, tiempo al cual debe probarse, dado que el juez a de atenerse para apreciar la justicia o injusticia de la demanda a las respectivas pretensiones de los litigantes, y con arreglo a ellos condenar o absolver al demandado. Cuando el actor, necesita a fin de probar su derecho, recurrir a los actos de otras personas, suele tropezar con dificultades, y para evitarlas se invocaba la prescripción, que daba nacimiento a la acción Publiciana, medio creado por el derecho pretorail.

La acción se dirigía siempre contra el poseedor o detentador de la cosa. De un modo excepcional se permitía ejercerla contra personas no poseedoras, que se denominaban como casos de ficta possessio. Se refería al poseedor que dejaba de poseer dolosamente la cosa (qui dolo de süt possidere); o si una persona que no poseía simulaba posesión para que contra ella se ejercitara la acción reivindicatoria, permitiendo de este modo que otro usucapiera (quiliti se obtulit). En estos dos casos, se ejercía la acción contra los no poseedores y se los condenaba, pero ello, no era óbice para que el propietario obtuviera la reivindicación contra el verdadero poseedor.

Los efectos de la acción reivindicatoria, eran la afirmación del derecho de propiedad en el demandante, y como consecuencia la devolución de la cosa con sus frutos y aumentos (cum omni).

La acción negatoria, tiene en el derecho romano el mismo campo de aplicación que la reivindicatoria. (*Pero se limita la gravedad del hecho del demandado*). No hay desposesión total; sólo se trata de una perturbación. El que ejercita la acción negatoria, debe probar su derecho a la posesión, mientras que el demandado, deberá, en cambio hacer mérito

en su prueba, del derecho de servidumbre, que invoca, por ej. si así lo hiciera valer, y que sirve de defensa contra la acción que se le entabla, o sea justificar la perturbación. La sentencia, contiene también la condenación, por la cual se garantiza que en lo sucesivo, no se perturbará el derecho del propietario.

La acción confesoria, es la que nace de las servidumbres y su nombre se debe a que precisamente tiende al reconocimiento y la confesión de la servidumbre. Produce el efecto de que se reconozca el derecho de servidumbre y por consiguiente, que no se impida su ejercicio, así, como el resarcimiento de los daños causados y la prestación de la cautio amplius non turbando, que garantiza en el futuro que no lesionará el derecho del actor. Si la servidumbre no se había adquirido regularmente, pero sí de buena fe, se podía reclamar por la acción Publiciana. También se concedía la acción confesoria al enfiteuta y al acreedor pignoraticio, así como al superficiario.

De lo expuesto, surge, que esta acción se puede asemejar, en cuanto a sus efectos, a una verdadera reivindicación de las servidumbres.

Al margen de estas acciones reales, el derecho romano, por obra de los pretores, introdujo otras acciones, llamadas útiles, que tenía por fin proteger los casos, en que no se reunían los recaudos legales del derecho civil, y a los fines de no dejar indefenso al damnificado. Entre las creadas a ese efecto, estaban la Publiciana, la rescisoria, las acciones servianas y quasi servianas, que significaron una avanzada, que propendió al progreso del orden social de la época, tratando de hacer al derecho, más objetivamente justo y equitativo.

Todo este acontecer histórico, así como las formulaciones del derecho romano, tuvieron trascendencia en la mayor parte de las legislaciones del mundo romanista, que se refleja, por las fuentes en que se ha inspirado el Dr. Vélez Sársfield, en la redacción de nuestro Código Civil. Encuadrado dentro de la Escuela Clásica, ra seguido las doctrinas propugnadas por Demolombe, Ortolán, Maynz, Aubry et Rau, Pothier, Duranton y fundamentalmente por Freitas.

Teniendo en cuenta la íntima vinculación que guardan los derechos y las acciones, es dable recordar la definición que da nuestro código sobre derecho real, siguiendo a Demolombe (nota al título IV del Libro III): "Derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto". "Se llama, al contrario, derecho personal aquél que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentran tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el

acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor), y la cosa o el hecho que es el objeto". A continuación, en la misma nota, pasa a diferenciarla, en cuanto al "jus persequendi", "jus preferendi", objeto, nacimiento, extinción, etc.

De las definiciones precedentes, puede fácilmente deducirse el contenido de las acciones reales y personales. Respecto a las acciones mixtas, no existiendo, conforme al art. 497, obligaciones que correspondan a derechos reales, quedarían eliminadas de nuestro sistema legal, en concordancia con la nota del art. 4023, que dice: "...en este Código no reconocemos acciones mixtas de reales y personales."

Existen dentro de nuestro sistema legal, figuras que merecen su análisis y estudio, respecto a la ubicación de las acciones que dan lugar. Me refiero a la nulidad y a la acción hipotecaria.

La acción de nulidad, analizada bajo la luz de los elementos determinantes de la clasificación utilizada, aparece "a priori", como una acción personal. Yendo directamente a las disposiciones legales que las rigen, resulta desconcertante lo afirmado. Los arts. 1050 y 1051, dan efectos reipersecutorios, que facultan a seguir la cosa que se encontrase en poder de un tercero. El art. 1051, ha sido tomado de Aubry et Rau, que se atiene a la concepción clásica del derecho del propietario contra cualquier poseedor que haya llegado a serlo en virtud de un acto anulado. Cabe destacar además, que preceden a estas normas, el art. 1046 tomado de Freitas, como origen inmediato, y posiblemente mediato de V. H. Solón ("Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre matière civile", París, 1835).

De esta manera una acción de carácter personal, está legislada en nuestro Código de tal manera que tiene efectos reales. Y esos efectos están condicionados acordes con los arts. 3270, 2777 y 2778, a la adquisición de buena fe y a título oneroso, que limitan la acción reivindicatoria en general y en consecuencia, también para la nulidad. La jurisprudencia ha hecho mención de estos principios, en diversos fallos, que el Dr. Julio Dassen analiza y expone con claridad singular en su trabajo "La acción reivindicatoria: sus límites", LECCIONES Y ENSAYOS - Nº 6, pág. 57 Buenos Aires, 1957), y cuyo *"leading case"*, "Balirán c/Arraga", que contó con el valioso aporte del letrado Dr. David de Tezanos Pinto, cuyos argumentos, por interpretación *"a contrario sensu"* no fueron superados.

Es interesante, un último fallo, de la Suprema Corte de Buenos Aires, (19 de diciembre de 1961, Nº 48013, L. L. 106-1962), que arriba a la reiterada posición y dice: "El propietario desposeído como consecuencia de un acto posteriormente anulado, no tiene acción reivindicatoria contra terceros de buena fe que adquirieron el inmueble antes de la anulación, por título oneroso y de enajenantes también de buena fe".

Es interesante destacar con el propósito de clarificar, que de los argumentos expuestos y fallos, se desprende, que la acción de nulidad, en principio acción personal, tiene efectos reipersecutorios, que desaparecen, cuando se oponen contra terceros de buena fe, que adquirieron, a su vez de enajenantes de buena fe y a título oneroso.

Otra situación se plantea en cuanto a la hipoteca, que confiere al titular, dos derechos, el de perseguir la cosa en poder de quien se encuentre y el de preferencia para cobrarse (el acreedor hipotecario) con prelación a los demás acreedores del deudor. La hipoteca, siempre supone una obligación principal; lo que debe requerirse en primer término, es entonces el cumplimiento de esta obligación. Así, si se trata de un préstamo, al vencimiento del plazo estipulado para su pago, el acreedor, deberá reclamarlo. Esta es la acción que nace de la obligación y como tal es una acción personal, pero más de una vez se ha alegado, que la mencionada acción, es real y cuyo conocimiento compete exclusivamente al juez del lugar en que se encuentra situada la cosa objeto del derecho de hipoteca.

Decir que todo derecho real genera indefectiblemente una acción real, importa afirmar, implícitamente, que de aquel derecho, jamás puede surgir una acción personal y confundir notablemente la naturaleza del derecho con el carácter particular de la acción que el mismo derecho genera. Es innegable, que toda acción real nace de un derecho real, pero hay inexactitud legal, en el hecho de afirmar que todo derecho real produce una acción de la misma especie, cuando a la efectividad de muchos derechos reales, corresponden únicamente acciones personales.

El art. 2756 del Código Civil define las acciones reales diciendo: "...son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado". No hay lugar a indemnización de daño, cuando no se viola un derecho; no procede la acción real, cuando no se ha atacado la libertad de ejercicio de un derecho. Así se desprende de la lectura de los artículos 2792 y 2800 del mismo cuerpo legal.

Desde luego, mientras el libre ejercicio del derecho real no sea obstaculizado; mientras el acreedor hipotecario tenga expedito el camino que conduce a la efectividad de su derecho, es improcedente la acción real por faltar la base, la causa legal de esa acción que es la turbación o impedimento a la libertad de ejercicio del derecho real; sin causa no puede haber efecto.

Las acciones reales como los derechos reales, son de carácter excepcional, sin una disposición legal que las crea, debe reputarse que no existen y acogerse a la regla de las acciones.

La acción hipotecaria real sólo se ejerce cuando el deudor haya transferido el inmueble y éste se encuentre en poder de un tercero. Esto surge del art. 2796 del Código. Pero fuera del caso de ataque directo o indirecto a su derecho de hipoteca, carece en general de facultad para ejercitar una acción real. La competencia de los jueces para conocer en un juicio iniciado por aquél, en busca de la efectividad de su crédito debe juzgarse aplicando las reglas relativas al ejercicio de las acciones personales. Se ha llegado también a pretender calificar de mixta la acción del acreedor hipotecario, posibilidad que se desvanece con sólo decir que nuestro derecho no reconoce acciones mixtas de reales y personales. (n. art. 4023 C.C.).

A causa de confundir la acción personal que nace del contrato, con la acción real hipotecaria, que sirve de garantía, se discute frecuentemente la jurisdicción ante quien debe promoverse la acción. La jurisprudencia es unánime, en aplicar el art. 4º del Código de Procedimientos, ya sea en cuanto a la jurisdicción, como al juez competente. La Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, (Gaceta del Foro 29 de noviembre de 1925, Tº 59, p. 283) dice: "...cuando la hipoteca se da para garantizar un pagaré 'a la orden", aunque ninguna de las partes sean comerciantes, tratándose de "papeles de comercio", la jurisdicción competente es la comercial, porque la garantía hipotecaria no puede tener por virtud modificar la jurisdicción ante la cual debe perseguirse el cobro, desde que ella en su carácter de accesoria, debe seguir la suerte de la principal".

En el derecho alemán, la acción hipotecaria es siempre real. Ha de tenerse en cuenta que en aquel país se encuentra en vigencia un sistema de inscripción en registros territoriales, que varían directamente la naturaleza jurídica de sus instituciones. La exposición de motivos del Código Civil Alemán, en el capítulo que compete a crédito hipotecario dice que, en realidad, el crédito no constituye un elemento esencial del derecho de hipoteca, sirviendo únicamente de título de legitimación de la ejecución forzada. A pesar de existir la hipoteca, puede no haberse efectuado el crédito, por cualquier causa, y en este caso adquiere el propietario la hipoteca y el derecho de rectificación en el registro. (Art. 1163 y 1164 Código Civil Alemán).

Bibiloni, en su anteproyecto de reformas, inserta el art. 22, aclarando, que el sistema que propone es registral y la "hipoteca inscripta confiere al acreedor el derecho de cobrar su crédito con preferencia sobre el valor del inmueble".

El Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, contiene un art. 479, motivo de críticas y de inconvenientes prácticos. Dice: "Si hubiese bienes dados en prenda o hipoteca, se procederá contra ellos antes que contra ningunos otros". Se establece, con

esta disposición una excepción a los arts. 476 y 477. En el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de Domínguez (1868) antecedente del Cód. de Procds. se enuncia bajo el art. 436 y en la Ley 50, como art. 259, pero no se conoce con certeza su origen, creyéndose que deviene de las leyes españolas.

Este principio, colocado en un código de forma, ataca directamente la ley de fondo, y establece un sistema de privilegios propios, que no está contemplado en el Código Civil. Por otra parte, colocan al acreedor en una situación de desventaja, ante la insolvencia del deudor, concurso civil o quiebra, con peligro inminente de disminución o pérdida de su crédito.

Para dar una visión más completa del encuadre de las acciones en nuestra legislación, haré referencia al art. 71, inc. 5º del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Capital Federal, que tiende a facilitar la calificación jurídica de la relación substancial que se invoca. Pero ello, no significa la obligación de invocar por su nombre técnico la acción que se deduce (*editio actionis*) ni siquiera la de citar las disposiciones legales en que se funde la pretensión, pues la misma resultará de la exposición de los hechos y lo hará el magistrado con prescindencia de la calificación hecha por el actor, de modo que el silencio o el error de éste no afecta de manera alguna la acción entablada.

Esta facultad del juez, que se denomina con el aforismo "iura curia novit", tiene estrecha relación con la división de las acciones.

La jurisprudencia, reiteradamente, ha decidido, que en su función y aplicando el aforismo, los jueces, no pueden ni por vía de interpretación, convertir una acción, en otra distinta. La Suprema Corte de Buenos Aires, en resolución del 1º de octubre de 1940 (J. A. t. 70, p. 957-L. L. t. 19, p. 451) ha resuelto: "... que si se demandó por acción negatoria, no cabe que se decida una acción reivindicatoria, de caracteres, prueba, efectos sustancialmente diversos, ya que, como había dicho la Cámara, el juez no puede modificar el objeto de la demanda, ni conceder o negar una cosa distinta de la reclamada".

Pese a que están firmemente fundados los principios que debe seguir el juez en la aplicación del aforismo, existe una tendencia judicial a extralimitarse en su aplicación, llegando hasta a sentenciar una acción de recobrar la posesión (acción posesoria), cuando el actor invocó una acción real confesoria, (Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas, Jurisprudencia de Mendoza, Boletín Nº 7, agosto 1947). En este caso, en primera instancia, se declara que no se puede acoger a una acción petitoria, pues el actor, no aportó el título constitutivo de la servidumbre activa (art. 2798 C. C.), elemento esencial; y que tampoco puede actuar como posesoria por el art. 2482; porque la cuestión no

hace al derecho o norma invocada, sino a la acción. Por todo ello, rechaza la demanda con costas. En segunda instancia se revoca la sentencia aplicando el aforismo "iura curia novit", incurriendo así en una extralimitación, que da lugar a errores graves de fondo y de forma.

La positiva aplicación del aforismo, debe tener en cuenta las siguientes conclusiones: 1) La acción se determina por el objeto y no por el precepto legal aplicable. 2) El juez puede y debe subsanar el error en que la parte haya incurrido al calificar la acción.)3 Pero nunca puede modificar el objeto de la misma, que resulta de los hechos.

III.— Las acciones reales en nuestra legislación

El Código Civil en el título IX, bajo la leyenda de Acciones reales, agrupa todas las acciones de este carácter, estableciendo primero el concepto y la enumeración de ellas y después, en capítulos separados, la reglamentación respectiva.

Este sistema está inspirado en el Esbozo de Freitas, en el cual existe una sección especial destinada a tratar de los derechos reales en general (libro 3º, secc. 1). En la misma y antes de referirse a las diversas clases de derechos reales, dentro del mismo título, en capítulos separados, encontramos la reglamentación de las diversas acciones reales (título 3º, capítulos 1º, 2º y 3º).

Nuestro Código legisla sobre las acciones reales, en circunstancias de ubicación especiales, después del domino y condominio y antes de los demás derechos reales, en cincuenta y un artículos.

El artículo 2756 nos da lo noción de acciones reales, en los siguientes términos: "Acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales con el efecto accesorio, cuando hubiere lugar, de indemnización del daño causado". El art. 2758, las enumera: "Las acciones reales que nacen del derecho de propiedad, son: la acción reivindicatoria, la acción confesoria y la acción negatoria".

En verdad, la ubicación de las acciones reales, (después del dominio y condominio y antes de los demás derechos reales) y la alusión del art. 2757, al derecho de propiedad, pareciera que éstas solo se refiriesen a él, pero el estudio sistemático y lógico de otras disposiciones del código y de las fuentes dará la cabal interpretación del caso.

Las dificultades que surgen en cuanto a las acciones reales, se deben, en su mayoría, a erróneas interpretaciones y a omitir la búsqueda y fiel

conocimiento de las fuentes, que fueron las más importantes para Vélez, y que son el Esbozo de Freitas y Pothier. El Dr. Guillermo L. Allende, (en L. L., t. 89, p. 794), sistematiza y compara los textos tomados por el codificador y estructura una perfecta y concisa aplicación de las acciones reales.

En principio, debemos tener en cuenta, que todos los derechos reales, deben estar protegidos por acciones de esa naturaleza.

Nuestro código legisla tres acciones reales; luego, estas tres y no otras, deben servir de defensa de todos los derechos reales.

Para comenzar a vislumbrar el campo de acción de las acciones, cuyo estudio nos ocupa, y con fines didácticos, debemos recordar, que la acción reivindicatoria y la negatoria, tienen el mismo ámbito, con la diferencia de la intensidad de la lesión. Concordante con esto, me remito a la nota del artículo 2800, donde siguiendo a Maynz, dice: "Esta acción (se refiere a la negatoria), no difiere de la reivindicación, sino por la extensión de la lesión que nuestro derecho de propiedad ha sufrido de parte del demandado... Todo ataque de una importancia menos grave, basta para darnos la acción negatoria...".

De lo anterior, se deduce, que los derechos reales, en cuanto a los medios de protección, pueden clasificarse en: a) Derechos reales cuya protección se ejerce por la acción reivindicatoria y negatoria y b) Derechos reales protegidos por la acción confesoria.

Quiere decir, que determinado el ámbito de los derechos comprendidos en un sector, por exclusión, se determinará la órbita de los demás, o sea del otro sector.

Comenzando por la acción negatoria, de los siete artículos que legisla el código, cinco han sido casi textualmente transcriptos del Esbozo de Freitas, así los arts. 2800, 2801, 2802, 2805 y 2806 del C. C., corresponden a los arts. 4004, 4005, inc. 1, 2, y 3, 4008 y 4009, inc. 3, de Freitas.

En cuanto a los dos restantes, el art. 2803, tiene como fuente, aunque no textual, el art. 4007 del Esbozo; y el 2804, obtenido de Aubry y Rau, no altera en absoluto el sistema del Esbozo; más aún su contenido es similar al art. 3995 del mismo.

Por lo tanto, el ámbito de nuestra acción negatoria coincide con la legislada por Freitas. Ello se infiere de lo tangible comparación de ambos textos.

De la lectura de esas disposiciones, resulta que los derechos reales protegidos por la acción negatoria son: dominio, condominio, usufructo, uso, habitación, prenda, anticresis y la enfiteusis, que en nuestro Código queda limitada al art. 2614. Quedarían entonces fuera de esta defensa, las servidumbres activas y la hipoteca.

Con la acción confesoria, se produce la misma repetición, aún más textual, de Freitas. Los arts. 2795, 2796, 2797, 2798 y 2799, del C. C., han sido tomados del Esbozo (arts. 3992, 3993, inc. 1, 2 y 3, 3994 y 4003). De esta forma los derechos reales, defendidos por la acción confesoria en ambos regímenes legales, son: las servidumbres activas y la hipoteca.

Siguiendo el sentido lógico y de exclusión que indicamos al comienzo del parágrafo, podríamos ya, determinar el ámbito de la acción reivindicatoria, por exclusión de las dos restantes; pero a fin de seguir un método estrictamente jurídico y observando que el Código no trae ninguna disposición expresa de los derechos que protege la reivindicatoria —excepto la nota al art. 2800 que la asimila a la negatoria que fue tomada de Aubry y Rau, que transcriben a Maynz— seguiremos analizando.

Vélez no siguió a Freitas en la redacción del art. 2758; de lo contrario, hubiera insertado una definición clara como la del art. 3866 del Esbozo que dice: "La reivindicación es la acción derivada de los actos involuntarios e ilícitos que impidieren absolutamente los derechos reales que pueden ejercerse por medio de la posesión a efectos de que ésta se restituya".

En su lugar el art. 2758, dice: "La acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares por la cual el propietario que ha perdido la posesión, la reclama y la reivindica, contra aquél que se encuentra en posesión de ella". Esta disposición, es muy similar a la definición que da Pothier de acción reivindicatoria. Dice así: "No es necesario tampoco en el derecho francés que para que nosotros tengamos la reivindicación de una cosa, estemos en posesión del dominio directo; es suficiente el dominio 'útil', dando como ejemplo, el caso del usufructuario, con el cual vemos que no restringe dicha acción al dominio y condominio únicamente".

Nuestro codificador, siguió los cánones del Derecho Romano y sus imprecisiones terminológicas. La acción reinvidicatoria, ha sido tomada del Digesto (I. VI), y hay que tener en cuenta que allí, se otorgaba otro carácter a las acciones reales. La acción confesoria, por ejemplo, se concedía a todos los derechos reales, excepto al dominio y condominio, para las cuales se reservaba la reivindicación.

De la lectura del art. 2757, en contradicción con el art. 2795 y siguientes, surge que Vélez Sársfield, confería a los derechos que nacen de la propiedad, un sentido más amplio que el de dominio y condominio. En diversas notas, siguiendo a Pothier, se observa la extensión comprensiva aludida, así en nota a los arts. 2807, 2948, 2970, etc.

Además existen numerosos artículos del Código, que utilizan la reivindicación en relación a otros derechos reales, tales como el 2863, 2876, 2950, 3227, 3890, 3239, 3254, y el 2502, que por su importancia, transcribo: "La persona a la cual pertenece un derecho real puede reivindicar el objeto contra todo poseedor".

Otra disposición, que arroja un rayo de luz hacia este problema es el art. 2772, que dice: "La acción de reivindicación, puede ser ejercida, contra el poseedor de la cosa por todos los que tengan sobre ésta un derecho real perfecto o imperfecto". La nota a este artículo es de Maynz, pero en rigor de verdad, su fuente en Freitas, art. 3713 del Esbozo, que dice: "La posesión es perfecta o imperfecta. Es perfecta cuando el poseedor tuviese la intención de ser dueño o condómino perfecto de la cosa. Es imperfecta, cuando sólo tuviere la intención de ser dueño o condómino imperfecto de ella, o de ejercer sobre la cosa ajena algún derecho real que puede ejercerse por la posesión".

Indudablemente, Vélez, relacionó, el derecho real perfecto con la posesión perfecta y el derecho real imperfecto con la posesión imperfecta. Cuando el codificador quiere expresar que concede la reivindicación a un derecho perfecto o imperfecto, implica que concede la reivindicación a todos los derehos reales, pero le impone la restricción de la posesión, que resulta de ese mismo artículo 2772, al decir "contra el poseedor de la cosa".

Todos estos argumentos, que no son meramente teóricos, sino que se basan en la realidad, indican que la acción reivindicatoria se otorga a todos los derechos reales, que se ejerzan por medio de la posesión, con lo cual queda integrado el cuadro completo de las acciones reales, concordando con el sistema del Esbozo de Freitas, y da plena vigencia a la necesidad lógica y social de dar amplia protección y defensa a todos los derechos reales, sin exclusión o superposición.

De tal forma, quedaría, la acción reivindicatoria y la acción negatoria, para proteger todos los derechos reales que se ejercen por medio de la posesión y la acción confesoria, en cambio para aquellos que no se ejercen por la posesión.

IV.— Proyectos de reforma y legislación comparada

Tanto el Proyecto de la Comisión como el de Bibiloni, han tomado con más fidelidad que nuestro Código, las acciones reales de Freitas, por

lo cual el sistema que perfilan es claro y de fácil interpretación y constituye un régimen de avanzada en la materia digno de ser imitado y conocido.

Juan Antonio Bibiloni, en su Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino, se refiere a las acciones reales, en el título VII, Libro III, art. 2547 y siguientes. La definición dice: "que tienen por objeto la declaración en juicio de la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, a fin de impedir los hechos que se opongan o perturben su libre ejercicio".

Suprime la definición del art. 2757 de nuestro Código, y concede a la reivindicación el sentido amplio aplicable a todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. Los arts. 2758 y 2772, se ven reemplazados por el art. 2548, que dice: "El propietario puede exigir del poseedor la restitución de la cosa. Compete asimismo la acción a todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión". Bajo este sistema puede también intentarla el acreedor hipotecario.

Las demás acciones reales están en concordancia y son similares a las de Freitas. Como puede apreciar, Bibiloni ha seguido muy de cerca al Esbozo y su pensamiento se trasunta brillantemente en las reformas que propicia.

El proyecto de 1936, también elimina el art. 2757. Considera que esta disposición, es un concepto erróneamente limitado, desde que las acciones reales no solo nacen del dominio.

En cuanto a la acción reivindicatoria, la trata en el art. 1819, "Corresponde la acción reivindicatoria: 1º) Al propietario de la cosa; 2º) A todos los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión; 3º) Al acreedor hipotecario.

En cuanto a la metodología seguida, distribuye con orden lógico, las materias y de acuerdo a la amplitud que le confiere a la reivindicación, se explica que el artículo inicial la extienda no solo al propietario, sino a todos los titulares de derechos reales. Las demás acciones no traen innovaciones. Ambos proyectos, en su afán de no escapar al sistema de Freitas, atribuyen la acción confesoria en defensa de las servidumbres personales activas, cuando ninguno de los dos las legislan. En cambio, nuestro Código, en concordancia con Freitas, incluye este tipo de servidumbre, y les otorga la confesoria. Este error deslizado, no de graves consecuencias, da la pauta del interés con que se ha seguido al maestro brasileño, pudiendo así desentrañar instituciones jurídicas confusas y discutidas, como son las acciones reales.

En cuanto a la legislación comparada, en atención a la brevedad de esta nota, me referiré muy sucintamente al derecho francés e italiano y con mayor extensión al derecho alemán, por el sistema registral.

El Código Civil Italiano, incluye entre las acciones petitorias a la reivindicatoria, y la concede en las siguientes hipótesis: a) Cuando un tercero desprovisto de título que provenga del propietario o de la ley, sea poseedor y, al mismo tiempo, discuta el derecho del propietario sobre la cosa de él; b) Cuando un tercero, aún sin discutir el derecho del propietario, sea detentador de la cosa sin título; la finalidad de la acción es igual que la del primer caso y c) La reivindicación puede perseguirse también contra quien ya no posee y/o no detenta la cosa, en el caso de que, por hechos propios, haya cesado de poseerla después de que le fue notificada la demanda judicial.

En cuanto a la prueba, no ayuda, con respecto a los inmuebles, la llamada "inscripción catastral de transferencia", que se haya hecho a favor del reivindicante, puesto que ésta tiene solo efectos tributarios, no dd derecho sustancial. Por consiguiente, su valor es indiciario.

Acción petitoria, aunque no reivindicatoria, es la negatoria, por la cual al actor le basta probar el propio derecho de propiedad, siendo conexa con éste la libertad del fundo; o también el derecho de poseer el fundo en virtud de título válido de adquisición; corresponde al demandado probar la existencia del propio derecho real limitado sobre la cosa ajena que el actor desconoce.

En el derecho francés, ofrece singular interés, dado que todas las acciones reales, en especial la reivindicación quedan frecuentemente paralizadas por la estrecha relación y dependencia que otorgó el legislador entre la posesión y la propiedad, de tal forma que poseer un bien en ciertas condiciones, es ser su propietario, por lo cual la reivindicación, carece de empleo, porque esta acción implica que un propietario ha perdido la posesión, o por lo menos el contacto con la cosa. La consagración legal del principio está en el art. 2279, inc. 1º del C. C., en los términos ya tradicionales y clásicos: "en materia de muebles la posesión vale al título". La segunda parte del artículo limita la anterior concediendo la reivindicación cuando se trate de cosas muebles robadas o perdidas. Esto es en materia de muebles. Respecto a la reivindicación de inmuebles, en la mayoría de los casos, no se trata de una verdadera acción real, sino que se resuelve como una indemnización por daños y perjuicios, acción de tipo personal.

Asimismo legisla sobre la llamada acción confesoria de usufructo, que es la sanción esencial y apropiada del derecho de usufructo, que

puede intentarse contra todos, y en su caso contra el propietario de la misma forma se da la acción confesoria de servidumbre.

Veamos ahora el panorama en el derecho alemán, donde se introduce notables innovaciones, comenzando con la terminología, que entra a utilizar el vocablo pretensión. La disociación de los conceptos de acción y de derecho, creaba para la Escuela Clásica, un problema relativo al definir la esencia jurídica del derecho. ¿Qué puede ser un derecho que no tiende a actuarse? Windscheid cubrió ese vacío e introdujo el concepto de "pretensión", o sea la tendencia de todo derecho a extenderse sobre otra voluntad. Los autores alemanes y en general los vinculados a doctrinas germánicas, asignan gran importancia al concepto de "pretensión", como designación técnica de una realidad jurídica autónoma. La acción y la pretensión, para algunos autores, entre ellos Von Tuhr, tienen afinidades, pero no se confunden, pues mientras la primera entra dentro de los conceptos doctrinarios, de tipo procesal, la segunda es una idea de fondo. Sin ir a mayores discusiones doctrinarias, sobre ambos conceptos, (no es objeto de este trabajo hacerlo), simplemente creo importante destacar que la diferencia, en el orden práctico, es que en el Código Civil Alemán, las pretensiones, o sean las facultades de exigir de otro un acto o una omisión, prescriben, mientras que la prescripción no alcanza a las acciones. Por ello la prescripción no puede iniciarse hasta tanto no hay alguien sujeto a hacer u omitir algo. En mérito del Código Civil Alemán, haber superado, el viejo problema de la acción nata, y solo cuando el derecho tiene una dirección personal pasiva, originaria o posterior, puede empezar a prescribir.

Otra cuestión importante en esta legsilación, es el régimen de la inscripción inmobiliaria en registros territoriales, cuya influencia sobre las acciones reales, veremos adelante. Entrando directamente en el tema de estudio, en el sistema alemán, se conoce la pretensión reivindicatoria, negatoria, confesoria y publiciana.

Legisla la reivindicatoria, en los arts. 985 a 1004. Sirve para la protección de la propiedad contra una privación o una detentación posesoria. Este derecho nace cuando una persona, que no sea el propietario, se convierta en el poseedor de la cosa, y se dirige, ante todo a la recuperación de la posesión y a la indemnización y entrega de los provechos. La pretensión corresponde al propietario, tanto de muebles, como al de inmuebles, tanto al propietario exclusivo, como al co-propietario, tanto al propietario falto en absoluto de posesión, como al propietario que posee mediatamente.

La pretensión negatoria o pretensión de libertad de la propiedad corresponde al propietario contra todo el que lesione la propiedad de un modo que no implique privación o detentación de la posesión.

El art. 1027, dice "Si se infiriese un perjuicio a una servidumbre predial, tendrá el derecho habiente las atribuciones determinadas en el art. 1004". Se refiere aquí a la acción confesoria y hace referencia a la disposición que dice: "Si se hubiese inferido algún perjuicio a la propiedad y no hubiese sido por sustracción o retención de la cosa, podrá el propietario exigir del autor de la perturbación que cese el perjuicio...".

En cuanto a la Publiciana, la otorga para "el que haya tenido la posesión de una cosa mueble, podrá exigir del poseedor actual la restitución de aquélla, si éste no hubiese procedido de buena fe al adquirir la posesión".

Con respecto a los efectos de la inscripción y las acciones a que da lugar, Ennecerus dice que aunque sea inexacta, produce un derecho que puede dar lugar a acciones, igual que la posesión. Si un no propietario vende el fundo mediante contrato nulo, consintiendo en la transmisión y se inscribe la finca en el Registro, a nombre del adquirente, no es solo el verdadero propietario el que, por el art. 897 tiene una pretensión de rectificación del registro, sino que también el vendedor puede tener una "conditio" para la devolución de la inscripción, o sea, para su propia inscripción, aunque con dicha reinscripción el registro inmobiliario no se convierta en expresión de la verdad jurídica. Asimismo, el que está indebidamente inscripto en el registro, como propietario, del mismo modo que lo está el poseedor de la cosa, a quien se demanda de reivindicación, con arreglo a los arts. 989 y siguientes, está sujeto a la correspondiente indemnización.

De tal forma, que la inscripción juega sólo como una presunción, esto es en principio; la persona que tiene inscripto un derecho real a su nombre, se presume ser su titular, correspondiendo demostrar lo contrario a la otra parte. Esta presunción deriva, precisamente del mencionado art. 891: "Cuando un derecho ha sido inscripto a favor de alguien en el Registro, se presume que ese derecho le pertenece".

De esta manera, todo adquirente de un derecho real, ve garantizadas sus pretensiones y la reivindicación, así como las demás acciones reales, se ven notablemente restringidas por el principio de la fe pública. Sobre el acto abstracto de enajenación y la inscripción, resulta sumamente interesante y valioso el trabajo del Dr. Dassen, publicado en LECCIONES Y ENSAYOS Nº 7.

J. W. Hedman, se expresa diciendo: "La prueba del dominio es difícil y desde hace siglos constituye un problema. En sí misma la propiedad sólo consiste en una representación, en una idea, y por ello, no cabe, por lo general, aportar una prueba sensible de su existencia, antes bien, hay que deducir mediante operaciones mentales, tanto su existen-

cia, como la persona a que pertenece". (Derechos Reales, p. 237 - Versión especial de Diez Pastor y González Enríquez, Edición Rev. de Derecho Privado, Madrid.)

V.— Conclusiones

Frente a la posición de la doctrina y la legislación contemporánea, surge con cruda evidencia, la dificultad y los inconvenientes, del sistema de la tradición, impuesto por Vélez a nuestro Código. Asimismo, todos los argumentos, que le sirvieron de motivo en su época para omitir la implantación de los Registros como sistema de publicidad, en la actualidad han desaparecido.

La publicidad de los derechos reales por medio de registros territoriales, ha hecho sus pruebas triunfales, y se ha convertido en una necesidad inmediata que confirma la urgencia de una reforma. Y en especial, respecto a las acciones reales, en los países que han adoptado el sistema registral, todas las imprecisiones, dudas y errores a que dan lugar, han desaparecido; incluso, se ha limitado y sistematizado su aplicación, ofreciendo verdadera seguridad económica a la sociedad que rigen.

ALBERDI Y LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Jorge Reinaldo Vanossi

Prof. Adj. (i) de Dereho Constitucional I.

I. Encarar algún aspecto de la vida y la obra de Alberdi, poniendo entre paréntesis ese aspecto y nada más, resulta difícil. Por ello, he pensado hacerlo con algunas reflexiones sobre el tema de la interpretación constitucional, ya que sobre él dejó Alberdi un acopio valioso de doctrina, de cuya frondosidad sólo extraigo algunos puntos, que han de ser expuestos con su proyección actual. Y teniendo certeza de las limitaciones, me abstengo de toda pretensión que exceda el contorno fijado. No soy historiador ni acudo a la historia por la historia en sí. Busco, en cambio, el sentido que la historia revela en los grandes lineamientos, para extraer así los elementos de interpretación que permiten desentrañar el verdadero alcance de nuestras instituciones.

Hecha esta salvedad, no puedo dejar de manifestar que la elección de Alberdi como mentor en esa tarea no es casual ni se debe al capricho de una afinidad por simpatía. No, pues en materia jurídica no se juega así; los hallazgos se producen por la transmisión de los valores, por la comunicación de situaciones que sólo se salvan cuando los hombres de una época no pierden el hilo conductor de su nacionalidad. Alberdi nos atrae porque su trayectoria se ajusta a la imagen de pensador sereno, pero valiente, en cuyas ideas campea una autenticidad que —fuerza es decirlo— no es rasgo común de todos los publicistas de la llamada "generación del 37". Por eso, podemos reconocer que además de las razones lógicas coadyuvan otras determinaciones, más o menos imponderables, que empujan hacia la impronta alberdiana; y digo que *empujan*, pues los verdaderos maestros no son los que "arrastran"...

Acaso pueda resultar curioso que en el claroscuro de los astros de la organización nacional tomemos decisión por quien estuvo físicamente alejado, por quien fue ajeno a la materialidad del poder, por quien no ha podido legar el fascinante impacto que deja la ocupación del mando para una historia en versión simplificada de presidentes y gobernadores. Es que hay motivaciones que no se alcanzan a registrar en la

conducta de los hombres con el mismo orden natural que se producen las reacciones de la física y de las ciencias exactas. Si nos preguntan por qué admiramos a Kennedy, por ejemplo, será difícil responder por la clave del éxito. No estarían en peor situación Wilson ni Roosevelt, tomados al acaso; ambos estadistas consumados cuya grandeza se cimentó en realizaciones logradas en la hora que les tocó actuar. Sin embargo, ni el uno ni el otro estuvieron exentos de alguna 'capitis deminutio" que mellara su plenitud existencial. Para Wilson, la indiferencia interna y hasta la desautorización por su gestión como *alma mater* de la Sociedad de Naciones, hecho que lo insumió en una pena de contornos mortales; para Roosevelt, a su turno, la debilidad secuente a la pérdida de su vigor físico, a aquella parálisis acomplejante para él y para el mundo Kennedy, en cambio, no pudo conocer los quilates de la madurez política, no vio la consagración de sus ideales; pero nos arrancó una fe incontenible, una seguridad por su persona, que no pierde vibración a pesar de haber quedado trunca y reducida a lo evocativo. Porque a Kennedy —señores— le sobraba fuerza *vital*; y los jóvenes seguimos a quienes ponen vida en cada impulso de su práctica; seguimos a quienes, llegando a la meta, tienen capacidad para demostrarnos que gobernar es algo más que administrar; que la administración es tarea de empleados y funcionarios, mientras el gobierno, que es conducción reservada a estadistas y no a improvisadores, exige ante todo un *liderazgo*.

II. Uno de los aspectos que merece análisis es, sin duda, el del alcance de la declaración de derechos o "bill of rights", en el proyecto alberdiano y su consiguiente recepción en la Constitución de 1853/1860.

Alberdi, mejorando la técnica de los anteriores ensayos de 1819 y de 1826, antecede a la parte orgánica de la Constitución —referida a la organización de los poderes—, con una parte primera —dogmática o preceptiva— de "principios", "derechos" y "garantías fundamentales", compuesta de cuatro capítulos, cuyo contenido trata, sucesivamente, de las disposiciones generales (I), del derecho público argentino (II), del derecho público referido a los extranjeros (III) y de las garantías públicas de orden y de progreso (IV). Es en el segundo de ellos, que Alberdi incluye la enunciación de los derechos, cuya distribución hace entre los que versan sobre la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad; corespondiendo al esquema de las normas que en la Constitución vigente contienen los arts. 14, 16, 17, 18 y 28. Por medio de ese capítulo, el proyecto garantiza derechos *"a todos los habitantes de la Confederación, sean naturales o extranjeros"* (art. 16); dirigiendo expresa prohibición al Congreso para que no sancione leyes reglamentarias del ejercicio de esas garantías que "...las disminuya, restrinja o adultere en su esencia" (art. 20). Hasta aquí, se guarda esencial analogía con el mecanismo de la Constitución vigente. Pero, al entrar en la exposición de las normas atinentes a la protección de los extranjeros,

el proyecto de Alberdi observa mayor minuciosidad que la de los constituyentes de Santa Fe. En efecto: tres artículos están destinados a ello, con una ilustrativa nota donde se confiesan los móviles y las razones que inducen a tan particular normación. De esa pieza tan sólo nos interesa señalar acá la explicación que Alberdi da de tales franquicias por un propósito "esencialmente económico", de poblar, activar, civilizar; al mismo tiempo que advierte sobre la temporalidad de esa contingencia, ya que se percata de que esos fines económicos "resumen toda la política americana *por ahora*" (sic). Con igual criterio de precaución, bastante para evitar interpretaciones equívocas, Alberdi declara enfáticamente, luego de afirmar que todos los extranjeros gozan "de los derechos civiles inherentes al ciudadano" sin estar obligados a admitir la ciudadanía, que *"Ningún extranjero es más privilegiado que otro"*. Y bien: si un extranjero no está en mejores condiciones que otro extranjero, es fácil concluir que tampoco puede aventajar en derechos a los ciudadanos. Es decir, pues, que no cabe interpretación extensiva más allá de lo expresamente concedido por las normas constitucionales; o sea, que si éstas confieren su proteción 'sin necesidad de tratados" (art. 21, 3er. párrafo), ni se exige "reciprocidad" con el país de origen" (art. 22), ni puede darse el caso de que las leyes o, más particularmente, los *tratados* puedan alterar o disminuir esas garantías (art. 23); tampoco cabe formulación alguna para extender o ampliar la protección a los extranjeros con mayores privilegios o preferencias. De modo tal que, a nuestro juicio, aunque el pensamiento de Alberdi ha sido muy generoso en esa materia, no permite sin embargo habilitar a los poderes instituidos para que por medio de tratados y de leyes vayan más allá de lo querido por el poder constituyente. Si para Alberdi es norma fundamental que "la ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales" (art. 17 in fine), tal principio no puede ser invocado para sentar una tesis en favor de éstos contra aquéllos, pero tampoco puede sustentar la adopción de compromisos internacionales que signifiquen el reconocimiento de un "status" de preferencia para quienes se resisten a obtener naturalización en el país. Es por esa razón que estarían sujetos a impugnación constitucional aquellos acuerdos que no se compadezcan con la limitación apuntada, cuyo sentido Alberdi quiso expresar con la fórmula de su art. 35, según el cual los tratados "tendrán por bases, las garantías constitucionales deferidas a los extranjeros"; lo que en la redacción de la Ley Fundamental definitiva ha tenido el feliz acierto de condicionar la validez de los tratados —según el art. 27— a "...que estén en conformidad con los principios de *derecho público* establecidos en esta Constitución". Una vez más hemos de decir que el mandato conferido a los legisladores para que adecúen las normas positivas, promoviendo su reforma (art. 24, C. N.), no está agotado con la tarea de revisión operada en los primeros tiempos de labor del Congreso con respecto a la antigua legislación, sino que —por el contrario— es un poder delegado en el

Gobierno Federal a fin de mantener en todo momento la doble consonancia de nuestras leyes con los principios de política que alimentan las necesidades de cada época y, a la vez, la conformidad entre la Constitución y las leyes "...sobre las bases declaradas en su derecho público" (art. 31, proy. Alberdi). Mientras nuestra Constitución sea rígida —como lo quiso Alberdi y se acepta en el art. 30, vigente—; y toda vez que entre en juego la supremacía del derecho federal, del que los tratados forman parte integrante junto con la Constitución y las leyes —art. 15, Alberdi; art. 31, C. N.— será menester preservar la plena vigencia de las instituciones así protegidas, aunque ello importe un obstáculo en la prosecución de objetivos políticos del momento. Nuestro régimen difiere del que contemplan modernas leyes constitucionales, en las que un mayor grado de flexibilidad milita en favor de la validez de compromisos internacionales con primacía sobre el derecho interno; como v. gr., lo estatuyen varias de las Cartas sancionadas luego de la 2ª guerra mundial (Alemania, art. 25; Francia, art. 55).

Inspirándose en los antedichos principios de Alberdi y en las reglas de nuestro derecho público vigente, la delegación argentina ante la útima reunión de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, celebrada en junio del corriente año —y a la que tuve el honor de asistir en representación oficial—, sostuvo una posición acorde con la generosa tradición del país en materia de derechos humanos, pero categóricamente encuadrada en los límites del sistema constitucional en cuanto se refiere a la protección de minorías nacionales. Consideramos que la política del Alberdi, aceptada en la Constitución, conduce a la formación de un país multiétnico, pero jamás a la aceptación de un Estado multinacional, como es el caso de varios países de Europa Central y de Asia. Los problemas que aquejan a esos países nada tienen que ver con la realidad americana y argentina; y las soluciones legales previstas allá o recomendadas por las Naciones Unidas, resultan jurídicamente chocantes en nuestro medio y constitucionalmente incompatibles con el sistema que nos rige. La Argentina —por mi intermedio— no pudo comprometerse a la adopción de medidas tales como el reconocimiento del derecho de secesión a las minorías nacionales —que, en el caso de aceptarse, seguramente Gran Bretaña invocaría de inmediato para sustentar ante el mundo la autodeterminación de las Islas Malvinas—; como tampoco cabía que se recomendara el derecho de cada minoría a hacer uso de su propio idioma en las respectivas actuaciones ante los poderes públicos; y tantos otros privilegios que repugnan a nuestra mentalidad porque, precisamente, el sistema de Alberdi y de la Constitución es tan ampliamente protector que no se puede contrariarlo ni con extensiones distorsivas que el propio sistema rechaza, tal como hemos visto, ni tampoco, claro está, con prácticas hostiles o discriminatorias.

Asimismo, la interpretación armónica de los poderes emergentes del Congreso conduce a respetar, como atributos de ese Poder, todo aquéllo que expresamente se le ha confiado a él. Si la Constitución ha querido, por ejemplo, que lo atinente a la reglamentación de la libre navegación de los ríos, sea materia de competencia parlamentaria (art. 67, inc. 9º) —tal como lo proyectara Alberdi (art. 67, incs. 3º y 4º)—; es de difícil aceptación cualquier práctica que sustraiga esa materia de la definitiva intervención del Congreso, aunque se trate de convenios con países limítrofes y se emplen las formas propias de las llamadas "notas reversales" en lugar de un tratado. En ésta como en tantas otras materias de conducción del Estado, la observancia de las normas de organización asume una entidad tal que no es dable confundirla con el culto de las formas, pues se trata, en cambio, del respeto a la distribución de competencias que la Constitución ha trazado, no cual simple o cómoda división del trabajo, sino como instrumento para asegurar la libertad. Y en esto también tiene su importancia la fuerza de los antecedentes; ya que rige para todos los tiempos la aseveración de Licurgo, según la cual "el pueblo no obedece las leyes si no le dan ejemplo de obediencia los magistrados...!"

III. La obediencia de las leyes no escapa, en cuanto a magistrados se refiere, al conocimiento del derecho, cuya problemática arranca de la enseñanza misma de esa disciplina. Y en punto a ello, me interesa aludir, más específicamente, al Derecho Constitucional: su valor eminentemente *cívico* le asigna categoría de materia formativa del ciudadano y de instrumento técnico del hombre de gobierno. Por estas dos razones, sin descuido de otras, merece la atención de parte de quienes conducen nuestra enseñanza universitaria, a efectos de que la materia cumpla en cuanto a su contenido, con el logro de los valores a que responde su misma existencia en los planes de estudio. El Derecho constitucional es el estudio de la Constitución como norma organizadora de los poderes del Estado y como limitación al funcionamiento de los mismos en mira a la garantía de los derechos en ella consagrados. Como tal. su estudio comprende la teoría general de la Constitución y la interpretación de su texto positivo a tenor de los antecedentes, de la práctica institucional y —fundamentalmente— de la interpretación final que hace la Corte Suprema en cada caso, sentando así las grandes líneas jurisprudenciales. Eso es el derecho constitucional; todo lo demás, constituyen capítulos de las sociología, de la filosofía y de la "Ciencia Política", que por su particularismo asumen autonomía docente y científica, con métodos propios de cada disciplina. La misión del constitucionalista en la Argentina de hoy es, ante todo, de fijar el rumbo en los trabajos y, por ese medio, consumar el ocaso de la erudición por la erudición misma, ya que a nuestra generación le toca recoger una inmensa producción legada, de la que se valdrá para el esclarecimiento de problemas concretos y, sobre todo, para poner el acento en la "vigencia" de esas

instituciones básicas tan exhaustivamente analizadas ya. Y ésto nos lleva a otro problema, el de las reformas constitucionales, que tantas prevenciones causaba a Alberdi.

En ésto, como en el problema de la "vigencia", se cae en el juego de palabra si no se aparta del frente al árbol que impide ver el bosque. La materia constitucional es, esencialmente, una técnica que se apoya en la visión adecuada de los hechos, y de las fuerzas que mueven a los hechos, para construir sobre esa base el ropaje legal del Estado, lo que no quita que en la metáfora empleada se piense que en algunos casos la Constitución cumple el 'rol" de un "chaleco de fuerza", de gran utilidad para el mantenimiento del equilibrio que ella presupone.

No puedo callar una expresión de fe en la plena vigencia constitucional, requisito insoslayable para evitar los estragos de la "ley de la selva" entre argentinos y asegurar el mejoramiento de las instituciones, más allá de las imperfecciones de todo sistema. Es que, como en la feliz idea de Alberdi: "¿Sobre qué punto de derecho público o privado, no tendréis cien volúmenes sabios en pro y cien volúmenes sabios en contra? Respetar alguna ley, respetar algo, eso es lo sabio, no el criticarlo todo, sobre todo cuando nada existe en pie". Alberdi fue consecuente al refirmar con esas palabras, en ocasión de su polémica con Sarmiento, el mismo pensamiento desarrollado años antes en "Bases", cuando creía que "el principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Ellas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Ellas son lo que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remediemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación... Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución" (Bases, ed. Bensazon, 1856, pág. 152). Claro está que tales ideas no pueden interpretarse en términos absolutos; Alberdi mismo aclaró su posición, expresando: "Hay constituciones de transición y de creación, constituciones definitivas y de conservación. Las que hoy pide la América del Sud —decía— son de la primera especie, son de tiempos excepcionales" (ídem, pág. 25).

IV. Me permitiré señalar, en una búsqueda sin pretensiones exhaustivas, algunos otros aciertos que contiene el proyecto de Alberdi, que brillan para el observador por gracia de la interpretación que conlleva toda búsqueda de las fuentes de nuestro texto positivo. Así, a vuelo de pájaro, es del caso reiterar el difícil problema que plantea la delegación de facultades legislativas que —cada vez en mayor grado— se intentan trasladar de la órbita del Congreso a la competencia del Poder Ejecutivo, con la finalidad de poner en manos de este poder adminis-

trador la decisión de materias que requieren la eficaz actuación operativa que va decreciendo día a día en los cuerpos deliberativos. Más allá de la interminable polémica que separa a los juristas argentinos en torno a la dudosa constitucionalidad que envuelve una delegación más o menos limitada; hay que tener presente la previsión de Alberdi; quien en tiempos anteriores a la aparición de las tensiones que hoy fuerzan el texto, ya proyectaba asignar al Congreso, en el ramo de lo Interior (art. 67) competencia a fin de darle "...facultades especiales al poder ejecutivo para *expedir reglamentos con fuerza de ley*..." (inc. 79).

V. Otro acierto de Alberdi: esta vez es en materia de técnica constitucional y consiste en lo que podríamos calificar de prudentes silencios o lagunas. En efecto, hay una permanente confirmación, dada por las viscisitudes políticas del país, que refirman la buena práctica de no comprometer en la Constitución un sistema electoral determinado, cuya fijación en la Ley Fundamental podría conspirar contra su adaptabilidad a contingencias o necesidades momentáneas. Los procedimientos electorales (lista completa o incompleta, sistema de tercios o de representación proporcional, etc.) no están condenados ni recomendados por la Constitución. Alberdi era partidario de que esas reglas de organización quedaran deferidas al ámbito del legislador ordinario, que así las podría fácilmente cambiar ante el imperio de nuevas circunstancias, dejando reservado para el constituyente nada más que las líneas generales de la elección en cada uno de los poderes, como él lo hace en su Proyecto y se acepta en la Constitución Nacional. Ya en las "Bases" recomendaba que "para no tener que retocar e innovar la Constitución, reducidla a las cosas más fundamentales, a los hechos más esenciales del orden político. No comprendáis en ella disposiciones por su naturaleza transitorias, como las relativas *a elecciones*...; la Constitución debe ser reservada y sobria en disposiciones. Cuando hay que edificar mucho y el tiempo es borrascoso, se edifica una parte de pronto, y al abrigo de ela se hace por grados el resto en las estaciones de calma y bonanza" ("Bases", O. S., t. X, pág. 244 y 221/2).

Hay, en cambio, un silencio o laguna en la Constitución, que Alberdi critica, una vez que el tiempo transcurrido desde la sanción le permite asombrarse de las violaciones a que está sujeta la Ley Fundamental. Esa omisión, que enjuicia Alberdi, es la de los medios de defensa de la propia Constitución. Sus conceptos merecen la atención de la lógica jurídica, pues responden a las exigencias de la noción más acabada de "norma jurídica":

> "Una Constitución no es seria en sus declaraciones de principios y de derechos, si no contiene una sección penal destinada a sancionarlas por la represión de sus infracciones. Y la determinación de esa parte penal, no debe ser dejada al derecho orgánico, porque entonces se convierte en humo y nada.

Sin una ley, sin una sanción o castigo de su olvido, no es una ley, ¿qué no se dirá de una ley de las leyes, de una Constitución sin sanción? Violar un solo artículo de la Constitución, equivale a violar cien leyes, pues cada artículo constitucional es cabeza de capítulo de todo un libro del Código Civil o del código administrativo" (XVII, 189/90).

VI. La valoración de Alberdi, formulada hasta hoy con la perspectiva de una cierta concepción de la historia, recargada de anécdotas y batallas, plena de rencillas de la política cotidiana, ha sido rescatada recientemente por el aporte de la monumental obra de MAYER. No es posible, en adelante, equivocar de planos; por ello, y para que la ubicación de los hombres se haga por algo más que la "mitomanía", es menester esclarecer el valor que asignamos a esos hombres. Alberdi aparece, en ese sentido, como el jurista de su generación; como el hombre de Estado, que actuó conteniendo las pasiones políticas con una actitud casi hierática ante ese destino que conduce a la grandeza por la supervivencia de las ideas. Ha sido injusta su postergación en la pléyade de los pensadores y organizadores, entre los que aparecen luces de la talla de Echeverría, de Sarmiento y de Mitre, pero en cuyas obras no encontramos la armonía de síntesis que envuelve la de Alberdi al través de las más diversas manifestaciones de la ciencia política de aquel entonces. Unos eran magníficos bardos, otros tenían la suerte de consumar realizaciones, hubo quienes sin lo uno ni lo otro arribaron igual a la cima; y Alberdi, en cambio, refugiado en esa adversidad que templa los espíritus, se volcó a la obra de dar las bases y los puntos de partida para algo nuevo que todos ellos querían pero que sólo la capacidad de muy pocos alcanzaba a concretar en el difícil perfil de un Estado de Derecho. Alberdi demostró la necesidad de conocer los fundamentos del derecho constitucional y del derecho de la administración, a más de la ciencia económica; pues sobre esa base descansa el manejo técnico del Gobierno y no hay estadista que no esté condenado al fracaso si se permite ignorar los principios del derecho público! El tríptico alberdiano, como un trípode de sustentación para el incipiente gobierno federal, arrojó mucha claridad sobre los problemas de la hora: primero fueron las "Bases", con su proyecto constitucional; luego el "Sistema Económico y Rentístico' y, enseguida, el "Derecho Público Provincial", abarcando las necesidades inmediatas del quehacer estatal, en medida no comparable con las obras anteriores del mismo Alberdi y las de todos los hombres del 37. Habían pasado los años del "Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho", de sus colaboraciones en "La Moda" y de las inspiradas páginas para la atracción teatral o para el ambiente mundano de los círculos sociales de juventud. Es que el impacto de lo telúrico y de la atávico venía a convencerle de que siempre llega un momento en que no cabe perderse en los vericuetos de una filosofía meramente especulativa cuando se clama por una interpretación o, mejor dicho, por una construcción que se asiente en la base social, es decir, en los derechos de la

persona humana, que repose en una concepción "personalista". Si Alberdi intuyó o no la profunda conmoción ideológica que sobrevendría en Occidente, no es factible asegurarlo, toda vez que ello no pertenece a la historia —que es lo que ha sido— sino a la ukronia —que es lo que hubiese sido—. De todos modos, el sistema de Alberdi, en la síntesis de racionalismo y de historicismo que lo impulsa, se orienta en un sentido claramente emancipador de la personalidad humana, como titular de derechos subjetivos. Así lo reconoce en el Preámbulo de su Proyecto, cuando adopta los principios del "derecho natural". Sería, sin dudas, el término opuesto al concepto que en el mundo soviético se tiene de la libertad, cuando llamando a ésta con el nombre —sin traducción conocida— de "svoboda', la definen tan sólo como "derecho social y particular en aquellos beneficios y privilegios que el Estado considere propio conceder" (Samuel Eliot Morison). Acaso sea, de todos los derechos que como un haz conforman la libertad humana, el *derecho de asociación*, el que reviste en la actualidad un "parti pris" bien definido en torno a las concepciones antagónicas en boga. La importancia del derecho de asociación está dada por el lugar que ocupa en la clasificación de Hauriou, para quien se trata de una garantía "mutua" de los derechos individuales, es decir, un derecho que actúa como protección de otros derechos, en recíproca garantía. Junto con la familia, es la base de la sociedad civil y, a vez, piedra angular de la sociedad política, toda vez que no se conoce otro medio para su formación.

Para la concepción más liberal, el derecho de asociación —un medio para alcanzar otros fines— es un derecho *subjetivo* (a freedom), cuyo ejercicio constituye una posibilidad concreta tanto para las personas individuales, como para otras entidades, cuanto para el mismo Estado; que en forma *activa* participan todas del conjunto de derechos que cada Constitución les reconoce y garantiza.

En cambio, para las concepciones que no comparten este criterio —la soviética, por ejemplo— se trata de una atribución cuyo ejercicio compete al Estado mismo o, por delegación de éste, a determinadas entidades. Es una competencia que surge o se deriva de la propia legalidad: es el Estado que asocia a las personas, y éstas actúan *pasivamente*, no ya como titulares del derecho sino como órganos autorizados para ese fin.

Son dos concepciones diferentes. No se trata de un juego de palabras, sino de ideas que se apoyan o sustentan en principios opuestos. Dialécticamente surgen como irreconciliables, es decir, que no admiten conciliación entre ellas cuando se las toma en forma químicamente puras.

Fácil es hallar la filiación de nuestro derecho de "asociarse con fines útiles", que proclama la Constitución en el art. 14 y que Alberdi

incorpora en su Proyecto (art. 16). Para la Argentina, además, es ley de la Nación el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, que consagra para toda persona el derecho de "asociación pacífica", al mismo tiempo que advierte: "Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación". Se trata del derecho de *no asociación* que, como el derecho a *desasociarse*, sobreentendiéndose, constituyen las distintas caras de una misma medalla; y, como tales, pertenecen a la serie de derechos no enumerados que nuestra Constitución protege cuando surgen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. No son derechos absolutos; están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio; tienen limitaciones comunes a toda actividad que cae en el ámbito del "poder de policía"; pero el Congreso no puede desconocerlos o alterarlos por medio de reglamentaciones hostiles o arbitrarias (arts. 14, 28, 33 y afines de la C. N.). Es conveniente que la constante invocación que en nuestro medio se hace de las "burocracias internacionales", se extienda a la aplicación de esas garantías cuyo afianzamiento está en la razón de ser misma de aquellos organismos. En el orden interno, las leyes deben adecuarse a esos principios. Ser "legislador" significa reglar jurídicamente la vida del país y, simultáneamente, cumplir con la función de control que por la división de poderes tiene asignado el Congreso. Ambas cosas —verdaderos mandatos constitucionales— están más allá de la preocupación que anima a quienes se minimizan proyectando la imposición del idioma "guaraní" en las escuelas o invocan al pueblo para suprimir el uso de "smoking" en las funciones del Teatro Colón... (sic!), cayendo en lo grotesco.

VII. No resisto la tentación de verter en estos párrafos algunos conceptos que Alberdi sostuviera en cuanto a nuestra forma de Estado que, es sabido, él calificó como mixta de unidad y federación, a la vez que defendió la mayor centralización que adoptaba la Constitución de 1853 con respecto al acentuado corte federal que se le imprimió en 1860 por gracia del temor de los porteños, hasta poco tiempo antes defensores de la consolidación. Ya al responder a Sarmiento había tenido ocasión de advertir que el mundo no se ocupa de "provincias" sino que se dirige a las "naciones"; y que así como la federación es un punto de partida, la unidad es la meta de todos los Estados. Años después, en junio de 1869, escribe desde París su alegato sobre "El Imperio del Brasil ante la Democracia de América", en el que expone su interpretación de la guera contra el Paraguay y, con ese motivo, hace consideraciones sobre la organización constitucional; diciendo:

"La centralización, es decir, la salud, la fuerza del país, vendrá por la naturaleza de las cosas como *ley natural* de vida nacional; toda institución viva y eficaz que no consiste en mero papel escrito, es la obra espontánea de las cosas, y la *unidad de la Nación* es una de ellas" (VI, 382).

Luego de afirmar que todas las confederaciones "propenden hoy a transformarse en naciones más o menos unificadas" (ídem, 385); se pregunta:

¿"Por qué se hacen cada vez más unitarios los Estados Unidos? Porque a medida que se hacen un *gran poder* se aperciben de que todos los grandes poderes en cuya sociedad internacional viven son poderes unitarios, que deben a su centralización la fuerza preponderante de que su emulación puede servirse un día para comprometer la existencia de la gran República Americana, como se ha probado en la última guerra...

"La República Argentina —añade Alberdi—, con más razón que los Estados Unidos, tendrá necesidad de buscar en la unidad del poder nacional la fuerza de que necesita para tenerse al nivel de sus vecinos, porque todos ellos son Estados unitarios. *Condenarse a la federación mal entendida es hacer el negocio de sus vecinos que no quieren otra cosa.* Colocada entre Chile, Bolivia, el Paraguay, el Brasil y el Estado Oriental, países todos unitarios por la constitución de sus gobiernos, la República Argentina ha tenido la inconcebible idea de darse por ley de gobierno un sistema de división y fraccionamiento que debilita y esteriliza sus grandes recursos de poder hasta hacerla el Estado más débil de cuantos la circundan" (ídem, 385/386).

La conclusión de Alberdi, referida a la ubicación histórico-geográfica de Argentina con relación al entonces Imperio del Brasil, aún tiene vigencia para la ciencia política, guardando las circunstancias. Escuchemos la sentencia de Alberdi:

"La historia de todas las edades ha sacado de duda esta verdad: siempre que una Federación existe al lado de un Estado unitario con intereses opuestos y antagonistas, la Federación es absorbida o explotada por el vecino centralista" (ídem, 423).

Alberdi no oculta sus simpatías por la Constitución de 1853, que considera malograda con las reformas federalizantes del 60; reforma a la que califica de "reaccionaria". Sin ficciones ni eufemismos, confiesa con orgullo que en 1853 las provincias argentinas se dieron "...una Constitución federal en el nombre, pero centralista y nacional en la realidad..." (X, 561); y que los conversos de 1860, partidarios de las autonomías amplias, no son sinceros en el cambio de sus ideas, pues "...han encontrado y quieren conservar por la *federación* el *poder personal* que no pudieron obtener por la *unidad*" (ídem, 562). No sólo en la conocida polémica con Sarmiento sino también en otros estudios posteriores, Alberdi hace un aporte esclarecedor al problema de las fuentes de la Constitución, colocando en su lugar al valor de cada uno de los elementos en juego. Su afirmación es concluyente:

"Los seis artículos de la Constitución argentina que han sido toda la causa de la reciente prosperidad del Río de la Plata, son cabalmente los que ni remotamente han sido copia de la Constitución de los Estados Unidos. Expresión pura, genuina, directa de las necesidades más vitales del progreso argentino, los principios que esos artículos consagran, forman toda la originalidad y esencia de esa ley juiciosa que todas las Constituciones futuras del Plata tendrán que

seguir, si han de ser hechas para sacar al país de su atraso y pobreza hereditarios" (X, 570).

Y en punto a interpretación del federalismo —pues no quiero abarcar más en esta ocasión— es Alberdi el primer expositor de las diferentes filiaciones del sistema de U.S.A. y el nuestro, que hacen la peculiaridad en que reside el mérito de nuestros organizadores. Para Alberdi: "Erigir en *estados soberanos las provincias interiores de un estado nacional* o unitario, por prurito de federalismo y como medio de aplicar la Constitución federal de los *Estados Unidos* no es imitarles, es alejarse de su imitación, es obrar al revés de los Estados Unidos, es emplear el federalismo para disolver el Gobierno y la Nación, en vez de emplearlos como los norteamericanos, para constituir una y otra cosa" (ídem, 564/5).

Es que en materia de formas políticas y de organización del Estado, cualquier error de proyección resulta irreparable; y Alberdi, al tanto de eso, hace notar que "...La *federación* es un arma de dos filos. Tomada como unión es un medio de dar fuerza; entendida como separación, es el arte de debilitar y de vencer al adversario" (ídem, 563). "¿Quieren los republicanos de Sudamérica imitar a los Estados Unidos? Mejor modelo no pueden escoger. Pues bien: copien al revés su federalismo y tendrán su Gobierno al derecho y tal cual es, *centralista*" (ídem, 563/4). De lo contrario, previene Alberdi, si no se repara en las diferencias de origen, lo "...que es *unión* en el modelo saldrá *división* en la copia".

Alberdi es, asimismo, el primero en reconsiderar el mérito de los pactos preexistentes que se invocan en el Preámbulo; y a los que parte de la doctrina les ha asignado una fuerza y un valor anteriores y superiores a la Constitución misma, malgrado la opinión de Alberdi, para quien "...Hechos únicamente para preparar la Constitución, todos esos pactos dejan de tener objeto y vigencia desde que la Constitución es sancionada" (X, 560); opinión, ésta, que compartimos en consonancia con toda la tesitura alberdiana sobre el sistema federal.

No se trata de provocar una concentración totalitaria del Poder; ni de anular libertades regionales o locales. Alberdi captó la realidad de las cosas, sin confundir el panorama de U.S.A. con el de Argentina, más o menos común al de toda América del Sur, a mediados del siglo pasado:

"En Estados Unidos no reproduce la federación el mismo resultado, porque cada Estado es, dentro de sí mismo, una Federación en miniatura, en cuanto la comuna y el *condado*, en que se subdividen, son especies de soberanías departamentales, que sirven de límite y barrera a la autoridad local del Estado.

"Esas subdivisiones infinitas del Poder son otras tantas de las subdivisiones infinitas de la libertad que, en el pueblo de los Estados, vive en los hábitos, en las costumbres y en el modo de ser de cada hombre.

"Allí la libertad y el poder parten del individuo hacia la generalidad; en los pueblos de la América del Sur la libertad y el poder parten de la generalidad hacia el individuo" (V, 348).

VIII. Alberdi, para nosotros, es tema de meditación antes que de cánticos y loas. Debemos tomarlo tal cual fue, como hay que ver a todos los hombres de aquel entonces, sin arrastrar las secuelas de un odio perimido. Perimido en la hora siguiente a los hechos que lo motivaron, porque tanto Alberdi tenía motivos para atacar y defenderse, cuanto sus adversarios tenían razones aparentes para negarle el reconocimiento que tan sólo la serenidad puede tributar. Cada día creo más que son los sentimientos y no las ideas, que amigan o enemigan a los hombres: con Alberdi acaece de igual modo; y sólo cortando alimento a un injusto resentimiento conseguiremos que sus ideas sean receptadas en los actos del legislador, del juez y del administrador, en sus respectivas gestiones. La generación a la que pertenezco, con una fisonomía que la distingue de la de Alberdi y sus posteriores, es una generación que nada tiene de sus héroes épicos, de sus poetas de vena ni de sus oradores de arrastre; ni siquiera podemos incluirnos entre aquéllos que merecieron el encomio de Lamartine porque sabiendo conmover lo sabían todo... Nuestra formación se nutre, simplemente, en la búsqueda de soluciones por el camino de la perseverancia y de la autocrítica; acaso porque en alguna incursión a las leyenda hayamos percibido que Apeles pintó a la diosa Fortuna de pie "...porque no sabe sentarse..." Tratando de superar el evasivo esquema de los conflictos generacionales, fincamos la recuperación *en* la convivencia y por un acuerdo sobre las "reglas del juego" entre los argentinos; pues el pasado y el presente demuestran que ha sido más asequible ponernos de acuerdo sobre los grandes fines antes que sobre los procedimientos. El retiro a tiempo de unos y el no querer abarcar demasiado y pronto, otros; es una sabia prudencia que debe cundir en el ámbito de la dirigencia política argentina! Métodos de selección para formar los cuadros que han de entender en el manejo de la cosa pública, que se nutran de nuevas capacidades humanas; pues mientras el "comité" —tal como lo hemos entendido hasta hoy— siga siendo la única fuente de reclutamiento para la función pública, los problemas nacionales esperarán indefinidamente el hallazgo de una actitud que los enfrente y no que los postergue.

ENSAYOS

LA NACIONALIDAD DE LAS SOCIEDADES

CARLOS ALBERTO FRANZETTI

I.— CONCEPTOS PREVIOS

A) *Nacionalidad*

Para el derecho internacional la nacionalidad consiste en un lazo o una relación que sujeta a una persona a un Estado determinado. Isidoro Ruiz Moreno la define como "la situación por la que una persona se encuentra sometida al Estado en su carácter de súbdito del mismo". [1] Como señala Verdross se trata de un concepto *jurídico-internacional*, no coincidiendo con el de ciudadanía que es de carácter *jurídico-interno*. [2] Se tiene fundamentalmente en cuenta la idea de la sujeción a la soberanía del Estado.

El concepto de nacionalidad es un concepto amplio, usándose (con el alcance señalado de indicar vinculación o sujeción a un Estado) no sólo con respecto a las personas (físicas o jurídicas) sino incluso con respecto a cosas (así se habla de la nacionalidad de las aeronaves, los buques, las mercaderías, etc.).

B) *Personalidad*

Para el derecho son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones (art. 30 del Cód. Civ.).

La doctrina está de acuerdo en que tanto las sociedades civiles como las comerciales, las de personas como las de capital, son entes distintos de sus miembros, fenómeno acentuado en las de capital. Así la mayoría de los autores y la jurisprudencia les reconocen personalidad.

[1] RUÍZ MORENO, ISIDORO, *Derecho Internacional Público*, T. I., p. 320. Imprenta de la Universidad; Bs. As. 1941.

[2] VERDROS, ALFRED, *Derecho Internacional Público*, p. 235. Colección Jurídica Aguilar; Madrid 1963.

Como señala Satanowsky en sus "Estudios de Derecho Comercial", esta *personalidad* no debe confundirse con la *personería* jurídica [3]; todo sujeto de derecho en el sentido del art. 30 del Código tiene personalidad, pero para adquirir personería jurídica se requiere la intervención del Estado (art. 45 del Cód. Civ.).

En cuanto a la naturaleza de esta *personalidad* ideal o jurídica de las sociedades, sin pretender resucitar "ficciones", vemos que no se la puede equiparar a la personalidad humana (no se las podría concebir realizando actos propios del derecho de familia, por ejemplo); es que como dice A. Barcia López (citado por Romero del Prado): "Se trata de poderosas creaciones sociales del hombre, para la consecución de intereses que no son los de un individuo aislado, sino los de un conjunto o totalidad de seres humanos; intereses colectivos o generales, que reclaman ese régimen de la subjetividad unitaria, como el procedimiento de técnica más adecuado a la estructura del grupo y el medio más práctico y conveniente para la proteción jurídica de sus fines, que, siendo humanos y lícitos, el derecho está en el deber ineludible de amparar, mediante ese recurso de la personalidad". [4]

Es decir que la personalidad de estos entes es tan sólo un recurso técnico creado por el derecho del que se vale para la consecución de determinadas finalidades útiles. No se trata de una ficción puesto que jurídica (e incluso sociológicamente) son tan reales como las personas humanas.

Pero esta personalidad otorgada por el derecho puede serles retirada, en ciertos casos, cuando deja de cumplir con su carácter de medio útil o lícito. Así el Código Civil establece en el artículo 48 que "Termina la existencia de las corporaciones con carácter de personas jurídicas... inc. 2: Por disolución en virtud de la ley, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la autorización legal, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos". En otros casos las leyes, o la jurisprudencia, sin extinguir la personalidad simplemente prescinden de ella, "corriendo el velo de la personalidad legal" (*disregard of legal entity* o *trasparencia jurídica*) [5] dirigiéndose directamente a quienes las componen; así entre nosotros disposiciones

[3] SATANOWSKY, MARCOS, *Estudios de Derecho Comercial*, T. I, p. 56.

[4] BARCIA LÓPEZ, A., *Las personas jurídicas y su responsabilidad civil*, en SALVAT. - ROMERO DEL PRADO, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, (Parte General); T. I, p. 673. Ed. Tea; Bs. As. 1958.

[5] HAMIAUT, MARCEL, *Transparencia fiscal y transparencia jurídica en materia de sociedades*, en Recueil Sirey. París (Francia), enero de 1964, sec. crónica, p. 4.

como la que contenía la ley 12.922/47 en su art. 8, sobre el impuesto a los beneficios extraordinarios, que se refería a los "conjuntos económicos, cualquiera sea su naturaleza" reuniéndolos en un solo balance impositivo; más adelante nos referiremos a las normas sobre "sociedades enemigas" que también constituyeron una aplicación de estos principios.

II.— La nacionalidad de las sociedades

A) *Nuestros textos legales*

El Código Civil, en el art. 34 se refiere a las corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros con personería jurídica reconociéndoles este carácter; en el art. 44 se refiere al domicilio de las personas jurídicas nacionales *o extranjeras* (el lugar en que se hallaren o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales).

El Código de Comercio, en el art. 285 se refiere a las sociedades legalmente *constituidas* en país extranjero que no tuvieren representación social en la República; el art. 286 trata de las sociedades que se constituyen en país extranjero para ejercer su comercio principal en la República, con la mayor parte de sus *capitales levantados en ésta* o que tengan en la misma su *directorio* central y la *asamblea* de socios; el art. 287 se refiere a las legalmente constituídas en país extranjero que establecieron en la República sucursal o cualquier especie de representación social. La ley 8.867 se refiere al funcionamiento de las sociedades anónimas *extranjeras*. Con relación a las compañías de seguros, el mismo Código se refiere en el art. 528 a las "compañías extranjeras".

La Ley de Bancos y la ley orgánica del Banco Central se refieren a los bancos extranjeros establecidos en el país.

La ley 11.682 de impuesto a los réditos distingue en su art. 54 entre: las sociedades anónimas constituidas en el país y las sociedades de capital, cualquiera sea su denominación, constituidas en el extranjero, que tengan en el país un establecimiento, haciéndolas objeto de un tratamiento distinto. El art. 55 presume de capitales a las sociedades constituidas en el extranjero.

El Código Aeronáutico establece entre los requisitos para ser propietario de una aeronave argentina: si pertenece a una sociedad de personas, debe tener en la República la *sede social real y efectiva* y la mitad más uno (mínimo) de los *socios* solidariamente responsables que tengan la *mayoría del capital* debe estar domiciliada en el país; si pertenece a una sociedad de capitales, el *presidente* del directorio, el *gerente* y los dos tercios de los *directores o administradores* deben ser argentinos y la sociedad tener la sede social real y efectiva y el *control* en la República.

Con motivo de la declaración de guera a Japón y Alemania en 1945, la Argentina dictó una serie de decretos tomando medidas contra las personas o empresas de cualquier nacionalidad que pudieren atentar contra la seguridad del Estado o interferir el esfuerzo bélico, estas medidas consistieron en la vigilancia y liquidación de la "propiedad enemiga". Posteriormente se dictó la ley 14.362 reintegrando estos bienes.

Es decir entonces que nuestras leyes han distinguido y distinguen las sociedades nacionales de las extranjeras.

B) *La jurisprudencia*

Reconoce la nacionalidad de las sociedades. Siguiendo a Isidoro Ruiz Moreno (h.) en "El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema" vemos que "la Corte Suprema ha reconocido nacionalidad a las sociedades extranjeras, al solo efecto del fuero al principio, y para todos sus efectos posteriormente" [6]. En el fallo "Marcos Satanowsky c. Sociedad Western Electric Co. of Argentine" (Fallos T. 165 p. 14) reconoce categóricamente el principio de la nacionalidad de las sociedades anónimas, sosteniendo en una parte "que es evidente, en consecuencia, que una sociedad *extranjera* haga sus negocios y desarrolle sus actividades dentro del territorio, sin que por este hecho pierda su nacionalidad perteneciente al Estado en que fue creada o en que se produjo el acto que le dió existencia jurídica, que viene a ser como su partida de nacimiento". Sobre el particular dice Carlos Alberto Lazcano en su "Derecho Internacional Privado": "La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema se orientó paralelamente a la de los Estados Unidos cuando fijó la nacionalidad por la del país autorizante, negando protección diplomática y fuero federal a las sociedades constituídas en el exterior, pero autorizadas en la República. En 1905, después de la evolución de la jurisprudencia norteamericana a favor de la aplicación de la ley del Estado donde las sociedades hubiesen sido creadas, adoptó el criterio del país de la constitución que subsistió largos años. La Corte separa la nacionalidad de los socios de la de las sociedades y dice que ésta no autoriza la protección diplomática, pero es indispensable a los efectos del fuero federal. Para esta doctrina la autorización local no priva de la nacionalidad anterior y prueba de ello es que la ley 8.867 no la exige a las sociedades anónimas a que se refiere el art. 287 del Código de Comercio, cuando instalan sucursales en el país" [7].

Isaac Halperín (para quien las sociedades no tienen nacionalidad, sino sólo domicilio) cita en su "Manual de Sociedades Anónimas" la si-

[6] RUÍZ MORENO, ISIDORO (h.), *El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema*, p. 264, Imprenta de la Universidad; Bs. As. 1941

[7] LAZCANO, CARLOS A., *Derecho Internacional Privado*, p. 241. Editora Platense; La Plata 1965.

guiente jurisprudencia que reconoce la nacionalidad: Cám. Apel. Mendoza en J. A. T. 53 p. 507; Cám. Apel. 1ª. La Plata en J. A. T. 41 p. 516; Corte Suprema de la Nación en J. A. T. 40 p. 14; Cám. Fed. en J. A. T. 48 p. 395; Cám. Com. en J. A. T. 40 p. 242; S. C. Tucumán en J. A. T. 44 p. 385. (25).

C) *Doctrina y antecedentes extranjeros*

Un caso muy citado en esta materia es el del "Moulin Rouge", en el que, para escapar a una ley francesa de 1867, se constituyó en Londres, según la ley inglesa, "The Moulin Rouge Attractions Lted.", entidad cuyo consejo de administración estaba compuesto exclusivamente por franceses residentes en París, que tenía por objeto explotar el establecimiento homónimo, el capital había sido levantado en Francia, empero se reunían en Londres, donde estaban la dirección, los archivos y la contabilidad. La jurisprudencia francesa estableció que sólo se había buscado la forma externa de una sociedad inglesa y consideró a la sociedad como constituída en Francia.

Con motivo de la primera guerra mundial se llegó al concepto de "guerra total" tomándose medidas contra la propiedad de las personas (físicas o jurídicas) de nacionalidad enemiga. Se buscaba la nacionalidad real, para lo que se recurrió a la *teoría del control*, considerándose controladas por el enemigo a las sociedades cuya mayoría de directores o directivos fuere de nacionalidad enemiga, cuyas asambleas estuvieren dominadas por grupos de ese origen o, incluso, por grupos vinculados económicamente al enemigo y en dependencia suya (aun cuando fueren de nacionalidad de países neutrales) [8]. En la segunda guerra mundial los beligerantes dictaron medidas análogas, "estas medidas consistieron en la 'congelación' de los fondos pertenecientes a las personas de nacionalidad enemiga o a los habitantes de los territorios ocupados por el enemigo; en la formulación de 'listas negras'; y en la vigilancia, secuestro, liquidación y confiscación final de los bienes enemigos' " [9].

Además tienden a sostener la nacionalidad de las sociedades los países exportadores de capital o inversores, que muchas veces se han valido de ese recurso frente a países débiles para abusar de la protección diplomática, tendiendo a conseguir situaciones de privilegio para sus capitales. Esto explica los recelos y desconfianzas de los países importadores frente a la teoría de la nacionalidad.

La mayoría de la doctrina y de los antecedentes internacionales aceptan la nacionalidad.

[8] Idem, p. 242.

[9] PODESTÁ COSTA, L. A., *Derecho Internacional Público*, T. II, p. 75. Ed. Tea; Bs. As. 1955.

Ruiz Moreno (h.) cita a Weiss ("Droit International Privé", París, 1892) encabezando la tendencia que admite la nacionalidad de las sociedades y a Niboyet (en "Rev. de Droit International Privé", París, 1927), la que la niega [10].

Alfred Verdross sostiene en su "Derecho Internacional Público" que: "La práctica internacional nos muestra que los Estados no extienden solo su protección diplomática a los individuos que tienen su nacionalidad, sino que la ejercen también en favor de personas jurídicas, cuando sus súbditos ejercen una influencia predominante en la sociedad respectiva o existe cualquier conexión cualificada con el Estado reclamante. Ello no limita en modo alguno el derecho de protección diplomática en favor de aquellos individuos que tienen participaciones en el capital social". "En ningún caso pueden las personas carecer de nacionalidad, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con los individuos, el ordenamiento jurídico no se limita a concederles derechos e imponerles obligaciones, sino que propiamente las crea". [11]

En sentido análogo se manifiesta Charles Rousseau: "En lo que atañe a las sociedades, que constituyen el caso más interesante que en esta cuestión ofrecen las personas jurídicos, es de notar que el derecho internacional les atribuye una nacionalidad, lo que asimismo sucede en el derecho interno... La asimilación de las personas morales a las físicas en lo referente a la aplicación de la protección diplomática ha sido consagrada por la jurisprudencia internacional". En lo referente a la protección especial de los accionistas dice este autor: "A fines del siglo pasado se introdujo un nuevo concepto. Rechazando la teoría tradicional de la ficción, que personificaba la sociedad como entidad jurídica abstracta totalmente independiente de las personas físicas que la componen, la nueva doctrina parte de la llamada teoría de la realidad jurídica, que por encima de la personalidad artificial del grupo social, contempla los elementos reales que la constituyen: los individuos y los capitales...

La admisibilidad de la intervención del Estado al que pertenecen los accionistas de una sociedad extranjera ha sido, asimismo, reconocida por las prácticas diplomáticas y convencional... Pero según la jurisprudencia internacional este derecho de intervención se haya sometido a reglas muy estrictas; los actos ilícitos deben proceder del Estado cuya nacionalidad posee la sociedad perjudicada y para que pueda admitirse la acción diplomática, la participación nacional debe tener una real importancia, siendo práctica constante de los gobiernos, limitarse a intervenir en

[10] RUÍZ MORENO, ISIDORO (h.), Op. cit., p. 251.

[11] VERDROSS, A., Op. cit., p. 243.

favor de aquellas sociedades en las que sus súbditos tienen, sino la mayoría absoluta, sí una parte importante del capital social". [12]

Ruiz Moreno (h.) recuerda que la Corte Permanente de Justicia Internacional admitió el concepto de nacionalidad en las sociedades en 1925, a raíz del fallo sobre las "concesiones Mavrommatis"; que el Código Bustamante expresamente consagra este principio; la delegación argentina hizo la reserva de que "las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del Estado que las autorice y, por consiguiente, no son ni nacionales ni extranjeras; sus funciones se determinan por dicha ley de conformidad con los preceptos derivados del domicilio que ella les reconoce" [13]. En el mismo sentido hicieron reservas Paraguay, Uruguay, Colombia, Costa Rica y la República Dominicana.

Lazcano observa que "El artículo 4 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 dispone que la existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado se rige por las leyes del país en el cual han sido reconocidas como tales, criterio que el artículo 4 del Tratado de 1940 reemplaza por el del domicilio y lo primero, según Figueroa implicaría adoptar el principio de la nacionalidad. En cambio, el Tratado de Derecho Comercial de 1889 rige el contrato social y las relaciones de los socios de la sociedad con los terceros por el domicilio comercial, principio mantenido en lo sustancial por el artículo 6 del tratado respectivo de 1940" [14].

Por último, queremos señalar que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (ratificada por nuestro país), establece entre las funciones consulares el "prestar ayuda y asistencia a los *nacionales* del Estado que envía, sean personas naturales o *jurídicas*" (art. 5, inc. e).

D) *Doctrina y antecedentes nacionales*

Entre nosotros, a partir de la contestación del Dr. Bernardo de Irigoyen (Ministro de Relaciones Exteriores de Avellaneda) a una reclamación diplomática que formulara el Ministro inglés en 1876, con motivo de un conflicto surgido entre el Banco de Londres y Río de la Plata —Sucursal Rosario— y la Provincia de Santa Fe, se habla de una "doctrina argentina", según la cual no puede admitirse la nacionalidad de las sociedades financieras, corporaciones o entidades comerciales e industriales. Sobre esta tesis de Irigoyen (más política que jurídica) Zeballos

[12] ROUSSEAU, CHARLES, *Derecho Internacional Público*, p. 356. Edic. Ariel; Barcelona 1961.

[13] RUÍZ MORENO, ISIDORO (h.), Op. cit., p. 252.

[14] LAZCANO, C. A., Op. cit., p. 239.

intentó después construir una tesis jurídica; asimismo Carlos Saavedra Lamas, representante argentino en la Conferencia de Río de Janeiro de 1927 expuso en ella esta doctrina, y ya hemos visto que en la Conferencia de La Habana de 1928 (al aprobarse el "Código Bustamante") la delegación argentina hizo una reserva en este sentido.

El problema que dió origen a la nota de Irigoyen consistió en que no habiendo acatado el Banco una ley provincial de conversión, el Poder Ejecutivo provincial ordenó liquidar la sucursal de Rosario, trabando un embargo y deteniendo al gerente que era alemán. Esto dio lugar a la intervención del representante inglés, quien calificó al Banco como *súbdito* de esa nacionalidad.

La nota del Ministro Irigoyen dice así: [15]

"El Banco de Londres es una sociedad anónima a la cual han dado existencia las leyes de Santa Fe. Si una infracción de esas leyes ha tenido lugar, si el Banco ha sufrido perjuicios, si se tiene el derecho de creer que algunos funcionarios de esa provincia han excedido sus atribuciones, el Banco tiene todas las vías legales para demandar y obtener reparación. La Constitución y las leyes de Santa Fe, así como las leyes de la Nación, facilitan ampliamente todos los recursos ante los tribunales para la defensa completa de los derechos y de los intereses particulares. Es solamente cuando ha habido denegación de justicia, cuando las vías abiertas por la ley están cerradas o notoriamente obstruidas por los agentes encargados de aplicarlas, que un asunto que afecta a los intereses de extranjeros puede venir a la discusión diplomática. V. E. manifiesta en su última nota que la conducta de las autoridades de Rosario comporta una de las más graves ofensas contra los súbditos de un país amigo. Debo refutar rápidamente esta conclusión. El Banco de Londres es una sociedad anónima, es una persona jurídica existiendo únicamente para un fin determinado. Las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del país que las autoriza, y por consiguiente no son ni nacionales ni extranjeras. La sociedad anónima es una persona jurídica completamente diferente de los individuos que la forman y aunque ella sea exclusivamente formada por ciudadanos extranjeros no tienen derecho a la protección diplomática. No son las personas que se unen, son simplemente los capitales bajo forma anónima, lo que quiere decir, según el sentido mismo de la palabra, que ellas no tienen nombre, nacionalidad ni responsabilidad individual involucrada. Lamento que V. E. no acepte la opinión que acabo de expresarle sobre las sociedades anónimas, pero espero que llegaremos a ponernos de acuerdo sobre el punto si V. E. considera que el capital de las sociedades anónimas está constituido por acciones, con abstracción completa de las personas y que tal

[15] Transcribimos el texto que figura en RUÍZ MORENO (h.), Op. cit., p. 253.

es su carácter en todas las legislaciones. El hecho de que tales acciones hayan sido suscriptas por individuos de una nacionalidad dada, es contingente y no puede desnaturalizar la esencia de las sociedades, porque pueden transmitirse sus acciones y las que hoy están en manos de ingleses pueden ser propiedad de ciudadanos de otros países. Si, pues, el hecho de que los accionistas pertenezcan a un país cualquiera diese a la sociedad el carácter nacional de éstos, resultaría una entidad que cambiaría continuamente de nacionalidad y que podría, a veces, tener varias, lo que causaría complicaciones serias, que podrían comportar el desconocimiento de las leyes locales que dan origen a esas sociedades".

Lazcano cita el caso "Merck Química Argentina c. Gobierno Nacional", en el que se consideró a esa sociedad, constituída en el país, vinculada económicamente al enemigo, a los efectos de la vigencia de las normas sobre "propiedad enemiga" haciéndose una aplicación de la "teoría del control"[16].

En 1957 el gobierno suizo presentó una reclamación diplomática con motivo de la anulación de las prórrogas de las concesiones de las compañías C.A.D.E. y C.I.A.D.E. El Ministerio de Relaciones Exteriores contestó, declarando imposible aceptar esa reclamación, pues, las compañías estaban constituidas en el país, donde tenían sus sedes sociales, y no se podía discutir la facultad del gobierno de asegurar el cumplimiento de las leyes sobre concesión de servicios públicos; se señaló, además, que es una regla del derecho internacional que los gobiernos extranjeros no pueden reclamar por los intereses de sus nacionales mientras éstos no hayan agotado los recursos judiciales o administrativos internos.

En nuestro país no hay uniformidad de doctrina sobre este problema; Isidoro Ruiz Moreno (h.) cita a Amancio Alcorta y a Vico entre los internacionalistas que sostienen la tesis de la nacionalidad, y a Calandrelli, Carlos A. Alcorta y Romero del Prado entre los que la niegan. Lazcano considera que la nacionalidad debe jugar en tiempos de anormalidad jurídica. Entre los comercialistas sostiene la nacionalidad Castillo; la niegan Zavala Rodríguez, Isaac Halperín, Michelson, Aztiria. Entre los civilistas niegan la nacionalidad Salvat y Rivarola.

Amancio Alcorta (en el "Curso de Derecho Internacional Privado") sostiene que las personas jurídicas se rigen en cuanto a su capacidad internacional por la ley del país a que deben su existencia. Será nacional o extranjera según actúe dentro o fuera del territorio de ese país. Sostiene que la nacionalidad no tiene más alcance que determinar la ley de su creación, no pudiendo confundirse con la nacionalidad de la persona natural, que la nacionalidad de la persona jurídica es diversa (o puede

[16] LAZCANO, C. A., Op. cit., p. 246.

serlo) de la nacionalidad de los miembros; que esta nacionalidad no autoriza la intervención diplomática [17].

Zeballos (en sus notas al "Manual" de Weiss) sostiene que en nuestra legislación no hay sociedades extranjeras sino *organizadas* en el exterior, pues en el sistema argentino están siempre sometidas a la ley del domicilio [18]. Calandrelli sigue la orientación de Zeballos.

Carlos Alberto Alcorta (en el "Prólogo" al "Curso" de Amancio Alcorta) niega la nacionalidad de las sociedades fundándose en que se trata de seres artificiales, desprovistos de los atributos de las personas naturales, tales como un *status* con relación a la patria, ciudad y familia [19].

Vico (en el "Curso de Derecho Internacional Privado") sostiene la idea de la nacionalidad, basándose en que en el fondo de cada sociedad hay personas físicas y que el patrimonio de aquellas no es sino el de éstas. Considera, refiriéndose a los dos grandes sistemas de derecho personal, el de la nacionalidad y el del domicilio, que "nosotros, que en nuestra legislación hemos optado por este último sistema, no tendríamos inconveniente alguno en reconocer a las sociedades el atributo de su nacionalidad, y mantener para el régimen jurídico de las mismas la ley de su domicilio, lo mismo que sucede con las personas físicas" [20].

Isidoro Ruiz Moreno (h.), al que venimos siguiendo, se pronuncia por la tesis de la nacionalidad, y dice: "La realidad jurídica argentina, aparece, pues, contraria a la 'doctrina argentina', y eso sucede porque siendo la naturaleza de las personas físicas diferente de la de las personas jurídicas, el régimen es distinto en ambas, de suerte que el concepto de nacionalidad es también distinto. Tiene alcances limitados, pero sirve como criterio atributivo de un orden jurídico especial" [21].

Carlos A. Lazcano considera que la expresión *nacionalidad* debe usarse en su acepción técnica, en el sentido simple de conexión entre la sociedad y la ley de un Estado [22], admitiendo la "teoría del control" que resume así: "a) en tiempos de seguridad jurídica internacional el régimen domiciliario basta para regir los entes colectivos; b) cuando esa seguridad cae ante la penetración económica de gobiernos o corporaciones

17 RUIZ MORENO, I. (h.), Op. cit., p. 255.

18 Idem, p. 256.

19 Idem. p. 258.

20 Idem. p. 260.

21 Idem. p. 265.

22 LAZCANO, C. A., Op. cit., p. 239.

vinculadas a una nacionalidad, ésta debe jugar como una medida de defensa y el medio de asignarla es el "control", o sea, la determinación de quien maneja o influye en la persona ideal decisivamente; c) el reconocimiento de la nacionalidad no justifica la protección diplomática, sino en los casos de denegación o retardo injustificado de justicia, como sucede en las personas físicas; d) la nacionalidad debe y puede tomarse en cuenta en tiempos anormales para descubrir si un ente, que invoca una sede social dada, depende o está controlado por un país enemigo [23].

Ya citamos la opinión de Isaac Halperín en el sentido de que las sociedades no tienen nacionalidad sino tan sólo domicilio. Carlos J. Zavala Rodríguez en su "Código de Comercio Comentado" rechaza enérgicamente la nacionalidad de las sociedades, aceptando la doctrina Irigoyen-Saavedra Lamas; considera que así se reafirma la independencia de nuestra conducta internacional y se defiende el patrimonio moral de la Nación, según este autor "debemos oponernos a que las sociedades que con capitales extranjeros pretenden trabajar en nuestro país, quieran traernos con su dinero una entidad extranjera invulnerable para las leyes argentinas" [24]. Michelson y Aztiria (citados por Zavala Rodríguez) sostienen también la tesis de Bernardo de Irigoyen.

III.— Los modos de atribuir la nacionalidad

Tampoco hay acuerdo a este respecto. Se han propuesto varios criterios. 1) La nacionalidad se determina por el lugar donde se ha otorgado el acto constitutivo (presenta el inconveniente de permitir la constitución en fraude de la ley del lugar de explotación). 2) La nacionalidad de la sociedad es la de la mayoría de los socios (es inaplicable a las sociedades de capital). 3) La nacionalidad se determina por el lugar de la sede social real y efectiva (puede haber varias seres sociales, la sede social puede cambiarse, es un medio inseguro). 4) La nacionalidad debe ser la del lugar de explotación (pero las explotaciones pueden ser múltiples). 5) Debe tenerse en cuenta el origen de los capitales (pero éste es difícil de determinar ante la complejidad de la vida económica moderna). 6) Se determina por la nacionalidad del socio o socios que controlan o dirigen la sociedad. Es la "teoría del control" que hemos expuesto al tratar la "propiedad enemiga" y que Lazcano considera aceptable en tiempos de inseguridad jurídica.

En nuestra opinión, del análisis de nuestros textos legales resulta que éstos no siempre caracterizan del mismo modo a la sociedad extranjera, el Código Civil atiende al lugar de su *existencia;* el Código de Comer-

[23] Idem. p. 246.

[24] Zavala Rodríguez, Carlos J., *Código de Comercio Comentado*, T. I, p. 299. Ed. Depalma; Bs. As. 1959.

cio al de su *constitución* legal, al de su *comercio principal*, a los *capitales levantados*, a la ubicación del *directorio* y la *asamblea;* el Código Aeronáutico se refiere a la *sede social real y efectiva*, al *domicilio de los socios*, a la *nacionalidad del presidente, gerente y directores* y al *control* de la sociedad.

Con lo expuesto basta para afirmar que no se puede recurrir a un criterio único atributivo de la nacionalidad. Esto es lógico, pues la diversa caracterización que hacen nuestras leyes de las sociedades extranjeras obedece a distintos motivos de política jurídica.

Si se acepta a nacionalidad de las sociedades se debe aceptar la posibilidad de determinarla mediante criterios elásticos que permitan, llegado el caso, la "transparencia jurídica" a la que nos referíamos más arriba. Parecería que, en principio, debiera considerarse a la sociedad nacional del país donde fue constituida, ya que su constitución equivale como señalaba la Corte Suprema en el fallo transcripto a su "partida na nacimiento", pero este criterio no debe excluir a los demás que se aplicarán según las circunstancias del caso.

IV.— Conclusiones

La personalidad de las sociedades, de índole especial, admite que se les otorgue una nacionalidad. Esa nacionalidad sirve como criterio atributivo de un orden jurídico especial.

Las sociedades se hayan integradas y dirigidas por hombres cuyos afectos e intereses influyen indudablemente en las pautas que imprimen a su conducción, esto nos parece también válido para las sociedades anónimas, gobernadas por sus accionistas (o grupos de accionistas), tendiendo la forma jurídica a lograr la acumulación de capital mediante la limitación de la responsabilidad Admitimos que la cuestión se complica en el caso de las sociedades anónimas (que es precisamente donde reviste mayor importancia) puesto que resulta difícil determinar quienes son los verdaderos accionistas, pero como vimos la nacionalidad no se determina por un criterio único, todos los demás siguen en pie, cuando más se tratará de un problema de prueba.

La negación de la nacionalidad es un arma de doble filo, puesto que si bien en ciertos casos la admisión puede complicar la solución de un problema, en otros el país es el principal interesado en determinar esa nacionalidad.

No vemos que la aceptación de la nacionalidad —como la hacen leyes y jueces— ponga en peligro la soberanía nacional. En el caso del

[25] Halperín, Isaac, *Manual de Sociedades Anónimas*, p. 64, nota 146. Ed. Depalma; Bs. As. 1959.

Banco de Londres el rechazo de la reclamación diplomática hubiera procedido en tanto no se hubieran agotado los recursos internos, ya que no se daban las condiciones requeridas para su procedencia por el derecho internacional, retardo o denegación de justicia. Por otra parte los accionistas extranjeros siempre hubieran podido recabar esa protección, aun cuando se le diera al Banco, si demostraban la existencia de una arbitrariedad evidente; ya que según hemos visto la protección diplomática procede cuando se dan las circunstancias previstas por el derecho internacional, que la reconoce a sociedades y socios.

Desde el punto de vista del derecho interno el reconocimiento de la nacionalidad es tan solo el reconocimiento de una realidad, no tiene porque colocar a la sociedad extranjera en mejor ni peor situación; según el artículo 20 de la Constitución los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano, no de mejores derechos.

Insistimos en que este reconocimiento no tiene porque perjudicar al país, por el contrario tiene que beneficiarlo, al permitirle controlar más eficazmente la actividad de grupos de distinto origen que actúan revestidos por formas jurídicas no siempre utilizadas para los fines útiles para que fueron creadas.

ALGUNAS INICIATIVAS EN MATERIA LABORAL

RESEÑA PARLAMENTARIA

WENCESLAO RAÚL GONZÁLEZ

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos el estudio de algunas inquietudes legislativas sobre las bases de ciertas instituciones del derecho laboral, y que se encontraban radicadas para su estudio por las respectivas comisiones en ambas Cámaras del Congreso de la Nación.

Ellas responden muchas veces al deseo del legislador de actualizar normas que, con el correr del tiempo, han perdido su vigencia por la falta de actualización o demostraron algunas fallas, y que por medio de su espíritu de observación e investigación por un lado, o por la experiencia que resulta de la propia existencia de la institución por otro, es su deseo ver traducido en un conjunto de normas que tengan plena eficacia jurídica dentro del complejo mundo en que vivimos. Y en otros casos esa inquietud se canaliza por su aspiración de ver consagrada en nuestra legislación positiva otros institutos que dieron grandes resultados prácticos de funcionamiento en los países que los adoptaron, considerando que, entre nosotros, pueden convertirse, sino en la panacea, al menos en un instrumento idóneo capaz de provocar una reducción en la tensión social que se produce a raíz de continuos choques entre capital y trabajo, si se los considera elementos antípodas, y se traduciría en un mejoramiento de la paz social, finalidad última del Derecho del Trabajo, trayendo como correlato inmediato el afianzamiento de las instituciones asentadas en bases democráticas.

Consecuente con estos postulados entramos a considerar los distintos tópicos, los que para un mejor enfoque metodológico dividimos el trabajo en varios capítulos, correspondiendo uno a cada tema.

CAPÍTULO I

Protección a la maternidad

Al respecto han sido numerosas las iniciativas parlamentarias que, de una forma u otra, trataron el tema con el propósito de cumplimentar

una necesidad que se torna cada vez más apremiante en virtud de la completa desactualización de los beneficios acordados por la ley 11.933 y sus modificaciones, que actualmente nos rige, a lo que hay que sumar la constante y progresiva descapitalización de la Caja de Maternidad instituida por eso norma como el organismo encargado de la ejecución y control de la misma.

Para darnos una idea cabal del problema no podemos sino repetir lo que ya se dijera en el informe realizado a pedido del gobierno argentino en el año 1956 por el experto Mauricio Stack —y conste que retrotraemos el enfoque a aquel año, con condiciones económicas y sociales muy distintas a las actuales—, en aquella oportunidad se expresaba así: "se trata de una ley especial anticuada, pues es un régimen único en su género al amparar sólo a las asalariadas, quedando fuera de su ámbito las esposas de los trabajadores. En verdad, a pesar de los veinte años de existencia de este régimen, el mismo no ha logrado salir aún de su fase larval, y, lo que es peor, sus prestaciones están completamente desvalorizadas como consecuencia de la inflación. En breve este régimen necesita urgentemente una revisión completa" (OIT-TAP) (Ar. R. 2; pág. 63).

Dentro de este orden de ideas señalaremos los caracteres más salientes de cada proyecto, para lo cual tomamos en cuenta el orden cronológico de publicación en los respectivos Diarios de Sesiones.

En el proyecto de Sanmartino (D. S. Dip. 1946; T. I; pág. 96) el beneficio de la ley es extendido a las trabajadoras asimiladas al régimen del trabajo a domicilio, las empleadas particulares y el servicio doméstico. Se aumenta el período de reposo obligatorio a 60 días antes y 45 días después del parto, asegurándose durante todo este tiempo la percepción del salario íntegro más un subsidio de $ 300. Se prevee la atención ginecológica de la afiliada a la Caja en establecimientos adecuados y el cuidado del recién nacido. Los fondos para cubrir estos gastos son integrados tripartitamente en igual proporción por los trabajadores, empleadores y el Estado; exceptuándose solamente de la contribución los salarios menores a $ 6 diarios o los sueldos inferiores a $ 150 mensuales.

Posteriormente en la iniciativa de Alonso (D. S. Dip. 1952; T. II; pág. 680) se amplían los beneficios legales a las esposas y madres de hijos reconocidos que se encuentren afiliados a cualquiera de las cajas comprendidas dentro del régimen jubilatorio nacional. Se concede una licencia obligatoria de 45 días antes y después del parto, considerándose el despido producido durante toda esta época como injustificado para todas las consecuencias legales. La contribución es tripartita y se fija en un descuento del 1 % de la remuneración percibida por las afiliadas entre los 15 y 45 años de edad y a los afiliados entre los 18 y 60

años; los empleadores aportan la misma proporción sobre las remuneraciones pagadas, y de igual forma el Estado. Los beneficios acordados consisten en prestaciones económicas sustitutivas de la remuneración que se deja de percibir durante el período de reposo, y, dice el proyecto será fijada en la reglamentación; en el caso de las madres o esposas de los afiliados, la prestación es proporcional a la cotización de los mismos, no pudiendo ser nunca inferior a $ 500 ni superior a $ 1.000. Se debe prestar asistencia médica y obstétrica a la madre y cuidados al recién nacido; asimismo se otorga un subsidio por natalidad, lactancia y ajuar de acuerdo a los modos y determinarse en la reglamentación.

La ex diputada Marisa Liceaga también se ocupó del problema (D. S. Dip. 1958; T. I; pág. 193). Por el mismo se crea el Instituto del Seguro Social que funcionará como entidad autárquica, siendo sus beneficiarias todas las trabajadoras en relación de dependencia que efectúen aportes a las cajas jubilatorias; el subsidio consiste en la suma de $ 2.000 más el importe que corresponda al período de reposo, que también es retribuido. Para el caso de las esposas y madres de afiliados a las cajas de jubilaciones nacionales el subsidio es de $ 1.000; siendo todos estos montos considerados como mínimos, y estando la Caja del Seguro Social de Maternidad facultada para actualizarlos paulatinamente de acuerdo con las variaciones del costo de vida. En la formación de los fondos no está previsto ninguna clase de aporte por parte de los trabajadores, estando solamente a cargo de los empleadores y del Estado. Es de hacer notar que la misma iniciativa fue reproducida por Escalada (D. S. Dip. 1960; T. I; pág. 877).

Rodríguez Díaz, por su parte proyectó la ley nacional del seguro social (D. S. Dip. 1959; T. I; pág. 232) entre cuyos capítulos incluye uno respecto al seguro por maternidad. Su régimen es el siguiente: en el caso de familia legalmente constituida, el padre percibe dos meses y medio del sueldo promedio último además de una cuna para el recién nacido utilizable hasta los 2 años al igual que el ajuar, botiquín, ropa de cama, y, si no tuviera lactancia materna se proveerá de alimentos para dos meses. Para el caso de familia no constituida legalmente, la percepción de todo lo indicado anteriormente lo realiza la madre. Se procura, además en estos casos, conjugar la proporción de recursos de tipo material con los de tipo espiritual, impartiéndose enseñanza de puericultura y principios de moral cristiana.

Otra iniciativa al respecto es la presentada por Rocha Errecart (D. S. Sen. 1960; T. II; pág. 746) por la cual se crea el seguro obligatorio de maternidad. Comprende a todo trabajador de ambos sexos, excluidos los que lo hacen por cuenta propia y los dependientes de los entes públicos, nacionales, provinciales y municipales. El período de reposo es fijado en 45 días antes y después del parto. Durante este período las afiliadas percibirán un subsidio por maternidad que oscilará

entre el 50 % y el 100 % de su remuneración mensual calculada al tiempo de la concepción, computándose este lapso para los efectos jubilatorios, antigüedad, vacaciones y aguinaldo. El monto del subsidio por nacimiento será determinado en la reglamentación. Los beneficios acordados consisten en la retribución del período de reposo, prestaciones médico-asistenciales, alimentarias y ajuar. La Caja se integra tripartitamente por representantes de los trabajadores, empleadores y del Estado, estando sus fondos integrados en la misma forma y de acuerdo al índice a fijarse en la reglamentación.

El diputado Boffi, a su vez, presentó dos iniciativas; en la primera de ellas (D. S. Dip. 1961; T. I; pág. 116) quedan comprendidas dentro de sus beneficios todas las mujeres que trabajen por cuenta propia o ajena, incluido el servicio doméstico, y las que dependan económicamente de todo hombre que trabaje. Se establece un período de descanso de 60 días ante y 45 días después del parto; y se eleva el subsidio por maternidad a la suma de $ 10.000 pudiéndose cobrar anticipadamente la mitad y el resto después del parto. Los fondos de la Caja son formados por los aportes que realiza todo hombre casado que trabaje por cuenta propia o ajena y consiste en el ½ % de su remuneración mensual, estado a cargo del empleador el otro ½ % tomado sobre el total de sueldos que pague. De estos fondos la Caja debe destinar el 20 % a la construcción de centros materno-asistenciales. En su segunda iniciativa (D. S. Dip. 1963; T. I; pág. 244) se reedita el primer proyecto, con la variante de que se reduce el período de reposo a 45 días antes y 30 días después del parto.

El autor de la actual ley de protección a la maternidad, Alfredo L. Palacios, también se cuenta entre quienes, desde sus bancas, han tratado de reactualizarla; en esa forma, primero desde el H. Senado (D. S. Sen. 1961; pág. 973) y ya, más recientemente, como diputado (D. S. Dip. 1963; T. I; pág. 290) presentó sendas iniciativas, siendo esta útima la reproducción de la anterior Por ellas, crea el Seguro Social de Maternidad, quedando comprendidos dentro de su órbita todos los trabajadores y trabajadoras en relación de dependencia, incluidos los trabajadores a domicilio, rurales, administración pública y servicio doméstico, siendo sus beneficiarias, tanto la mujer afiliada que trabaja, como la esposa o madre del trabajador afiliado y el niño hasta la edad de 2 años. El subsidio por nacimiento es fijado en $ 5.000 y reviste el carácter de móvil de acuerdo a las oscilaciones que correspondan al costo de vida. Durante el período de descanso se otorga un subsidio equivalente a la última remuneración percibida. La violación del período de reposo, que se fija en 60 días antes y después del parto, da lugar a la percepción de un salario doble por el trabajo realizado. Para la ejecución de la ley se crea la Caja Nacional de Maternidad, que funcionará como organismo autárquico, administrativa y financieramente, siendo su directorio integrado por representantes del Estado, los em-

pleadores y de la C.G.T.; pero las contribuciones estarán solamente a cargo del Estado y de los empleadores.

También el problema ha preocupado al ex diputado Olegario Becerra (D. S. Dip. 1961; T. V; pág. 3430) para quien las beneficiarias extienden sus derechos a la percepción, por cuenta exclusiva del empleador, de la remuneración que les corresponda durante el período de reposo.

Ya en fecha más reciente el diputado Belnicoff (D. S. Dip. 1963; T. I; pág. 300) proyectó que la protección comprenda a toda mujer que trabaje en relación de dependencia en actividades industriales, comerciales, particulares, rurales e instituciones públicas, aumentándose el subsidio a $ 10.000 aparte de un adicional de $ 1.000 por cada hijo nacido en un mismo parto. La contribución al fondo es tripartita y consiste en $ 50 trimestrales. De la misma manera es tripartita la integración del directorio de la Caja.

La última iniciativa presentada hasta el momento la constituye la del diputado Coggiola (D. S. Dip. 1964; pág. 3427) por la cual se crea la Caja de Maternidad e Infancia como ente autárquico, comprendiendo a los trabajadores por cuenta ajena, pudiendo, los que lo hacen por cuenta propia optar por este régimen. Los agentes de la administración pública se incroporarán a través de convenios que suscribirán las respectivas reparticiones; son sus beneficiarios toda mujer afiliada que trabaja, la esposa o madre del trabajador asegurado y el niño hasta la edad de 2 años. Los beneficios comprenden: subsidio durante el período de reposo equivalente a una suma que oscila entre el 50 % y el 100 % de la última remuneración percibida, además de subsidios por nacimiento, por lactancia, por ajuar, por asistencia médica y obstétrica de la madre y cuidados del niño hasta los 2 años de edad. Los fondos son cubiertos por una contribución mensual, igualitaria y tripartita a cargo del trabajador, del empleador y del Estado, tomando como base la remuneración percibida y fijándose el monto en la reglamentación.

Capítulo II

Estatuto del obrero textil

La iniciativa que pasamos a considerar fue presentada por el diputado Luco, conjuntamente con representantes de otros sectores políticos que integraban ese Cuerpo (D. S. Dip. 1964; pág. 2841). No es nuestro afán considerar acá la conveniencia o inconveniencia de la legislación estatutaria en la actualidad, luego de comprobar el grado de desarrollo alcanzado en su evolución por el contrato de trabajo y el mismo derecho colectivo del trabajo. Por eso llama la atención este proyecto destinado a regular la situación de los trabajadores integrantes

de un gremio que, es indudable, tiene enorme gravitación dentro del campo sindical y constituye uno de los llamados "fuertes".

En el proyecto se han esbozado una serie de normas minuciosas y detallistas que, en buena parte, pueden configurar el texto de una convención colectiva. Ejemplo de ello lo suministran los distintos capítulos referentes a la clasificación de tareas y categorías, adquisición de las mismas y cómputo de la antigüedad para todos sus efectos legales. Se establece asimismo un salario garantido para los trabajadores remunerados por hora o a destajo, y una serie de normas referentes a la fijación de la jornada laboral, régimen especial de licencias y disposiciones sobre higiene y seguridad industrial, determinando las obligaciones a cargo del empleador.

Lo más novedoso de la iniciativa lo constituyen sus últimos capítulos, donde se prevee el funcionamiento de algunos organismos integrados por empleadores y trabajadores, tales como la Comisión Paritaria Central y el Comité de Higiene y Seguridad, presididos por un funcionario del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Ambos funcionan como organismos de grado superior respecto a las comisiones paritarias locales, cuya existencia reviste el carácter de obligatoria en todos los establecimientos de esa actividad, y con competencia para entender en todas las cuestiones que se susciten y que se refieran al régimen laboral. Precisamente, una de las misiones encomendadas es la fijación de las remuneraciones.

En cambio la creación de Comités de Higiene y Seguridad sólo es necesaria en los establecimientos que reúnan más de 500 trabajadores, teniendo a su cargo el estudio de las condiciones en que se desarrolla el trabajo a fin de disminuir el riesgo profesional y mejorar las condiciones de higiene.

El proyecto también contempla el funcionamiento de un Comité de Racionalización del Trabajo y Productividad, a pedido de cualquiera de las partes interesadas, y cuya misión consiste en el estudio de sistemas y métodos de organización del trabajo y producción, a fin de lograr mejores niveles, tanto en lo referente a productividad como a distribución de beneficios. Pero, sus resoluciones son solamente obligatorias cuando han sido homologadas por la Comisión Paritaria Central.

Capítulo III

Consejo Económico-Social

La necesidad de la existencia de un organismo de este tipo ha sido reclamada desde hace tiempo por distintos sectores de la sociedad, ya sean políticos, económicos o sociales, que exigen una mayor participa-

ción, en cuanto a consulta, de todas las cuestiones que atañen a sus intereses particulares, sin descuidar, como es obvio, los generales de todo el país. El legislador, por su parte, no ha permanecido insensible ante estos justos reclamos, y ha instrumentado, con lo que tiene a su alcance —la facultad de legislar— diversas iniciativas en tal sentido.

Pero, no ha de creerse que se trata de un problema actual si se quiere, sino, por el contrario, y como se verá más adelante, en todas las épocas ha existido esa preocupación.

Comenzaremos con el proyecto de Saavedra Lamas (D. S. Dip. 1912; T. II; pág. 639) por el cual se crea un Consejo Nacional de Agricultura, Industria y Comercio, integrado solamente por funcionarios del Poder Ejecutivo y miembros caracterizados de esas actividades, con funciones de asesoramiento de los poderes públicos, información y gestión de proyectos de leyes y medidas administrativas relacionadas con los intereses agrícolas, ganaderos, industriales y comerciales.

Una iniciativa de neto corte ideológico-partidista fue la presentada por del Valle Iberlucea (D. S. Sen. 1920; T. I; pág. 1237). En ella se proyecta el funcionamiento de un Consejo Económico del Trabajo con el fin de estudiar la organización de la actividad económica y preparar la socialización de la gran industria y gran propiedad, controlar la producción y realizar la gestión y administración de las industrias socializadas y las empresas del Estado. Todos los proyectos y medidas que tengan alguna relación con la actividad económica del país serán consultadas previamoente al Consejo. El mismo se integra exclusivamente por representantes de los trabajadores, a través del voto secreto de los mismos; contemplándose, asimismo, la posibilidad del funcionamiento de consejos regionales, determinando para ello zonas geográficas y económicas. También, en toda empresa industrial con más de 10 obreros trabajando, existirán comités obreros encargados del control de la producción; y en cada ciudad importante o región industrial funcionará una comisión de control.

El ex diputado Noel (D. S. Dip. 1938; T. I; pág. 98) proyectó la creación de una comisión nacional encargada de propiciar un anteproyecto de ley por el cual se instituiría el Consejo Nacional Económico. Esta iniciativa fue posteriormente reproducida por su autor en la sesión del 30 de mayo de 1940, obteniendo en esta oportunidad el despacho favorable de la Comisión de Legislación General, donde fuera girada (Orden del Día 86/40). Este Consejo tendría por funciones proponer las medidas técnicas y jurídicas necesarias, aconsejando acerca de las directivas generales de la economía del país, y la regulación y coordinación de la producción y distribución de la riqueza nacional. Se integrará por representantes del Estado, a través de sus poderes legislativo y ejecutivo, y también por representantes de los empleadores y

trabajadores en proporción igual, como asimismo de las profesiones liberales, las ciencias y las artes. La idea central del proyecto no la constituye la formación de un parlamento de la economía nacional, sino la de que un organismo técnico maneje sus propios problemas a fin de estudiarlos y, proponer, luego al Congreso las leyes necesarias, armoninado de esa manera la economía del país con vistas al bien común.

El problema motivó también la inquietud de Tonelli (D. S. Dip. 1959; T. I; pág. 416), quien propició la existencia del Consejo de Orientación Económico-Social, con la misión de coordinar la actividad económica-social del Estado y de las entidades estatales y para-estatales, emitiendo su opinión respecto a todo proyecto de ley, decreto o resolución ministerial que haga a la actividad económica proponiendo la confección de los respectivos anteproyectos. Pero sus dictámenes solamente tienen un mero valor ilustrativo. El Consejo se integra por representantes de los empleadores y trabajadores, del Estado (de los cuales tres deben representar a las fuerzas armadas) de las profesiones liberales, cooperativas, personalidades con experiencia y conocimiento en materia económica-financiera y social, de los consumidores y actividades culturales y artísticas. Se estructura en tres organismos: la asamblea general —cuyo presidente nato es el Vicepresidente de la República—, el comité ejecutivo y las comisiones permanentes. Previéndose asimismo la constitución de consejos regionales y la existencia de subcomisiones especiales o permanentes. Sus miembros duran dos años en sus funciones, pudiendo ser reelegibles y gozando, además, de las inmunidades otorgadas por la Constitución Nacional a los miembros del Congreso de la Nación.

Como miembro del parlamento, el diputado Ghioldi (D. S. Dip. 1964; pág. 2016) promovió la creación de un Consejo Económico-Social integrado por representantes de las actividades económicas, sociales, obreras, profesionales, educativas y culturales; la misión de este Consejo es la de constituir un organismo de consulta y asesoramiento en todos los programas confeccionados por los distintos departamentos gubernamentales que se relacionen con un Plan de Grandes Objetivos Nacionales para el período 1964-1970, que también se proyecta. Una vez realizada la consulta prevista, es obligación del Poder Ejecutivo remitir la iniciativa al Congreso solicitando la correspondiente sanción legal.

Por último se encuentra el proyecto del ex diputado Rois (D. S. Dip. 1964; pág. 2073) por el cual se crea una Comisión Económico-Social de Emergencia, para que, dentro de un plazo no mayor de treinta días, proyecte las medidas administrativas y legislativas que correspondan a fin de lograr la nivelación entre el costo de vida y los salarios, la eliminación del desempleo a través de la reactivación industrial y la creación de nuevas fuentes de trabajo. Dicha comisión se integra tripartitamente

por representantes del sector patronal, del trabajo y del Estado a través de sus técnicos.

Capítulo IV

Participación en las utilidades de la empresa. — Cogestión. — Consejo de Empresas

Este interesante tema que, sin duda alguna, modifica fundamentalmente la concepción socio-económica de la constitución y funcionamiento de la empresa, tiene en nuestros anales parlamentarios una larga trayectoria. En efecto, las iniciativas y sobre todo en el sentido de reconocer a los trabajadores una participación en las utilidades han persistido a través de los años, proyectadas en forma de leyes, o bien, por resoluciones, aunque las de los últimos tiempos han demostrado un enfoque perfectamente clarificado respondiendo a situaciones de derecho —como la reglamentación del art. 14 bis de la Constitución Nacional— o bien a situaciones de hecho —la existencia de una realidad filosófica-política que muy pocos la niegan.

Ubicados ya en materia y bajo la forma de simples proyectos de resoluciones existe un importante antecedente a través de la iniciativa de Cafferata (D. S. Dip. 1921; T. I; pág. 80) que fuera despachada favorablemente por la Comisión de Legislación del Trabajo (Orden del Día 141/921; asunto II) y luego aprobada por la respectiva Cámara (D. S. Dip. 1921; T. II; pág. 672) por la cual se designaba una comisión especial encargada de proyectar las medidas legislativas pertinentes para lograr la participación de los trabajadores en los beneficios; para ello se impuso la realización, como medida previa de una encuesta sobre las relaciones entre el capital y el trabajo a los sectores interesados. Dicha comisión, que fuera presidida por Leónidas Anastasis, cumplió lo encomendado solamente en su primera parte, es decir, en cuanto a recabar los informes necesarios a las instituciones patronales, obreras, universidades, reparticiones públicas y establecimientos diversos, quienes se expidieron al respecto, pero, la tarea específicamente legislativa nunca se concretó.

Ya en una época más reciente se encuentran los proyectos de resolución de López Serrot (D. S. Dip. 1946; T. VI; pág. 58) reproducido posteriormente en la sesión del 12 de febrero de 1947 y el de Boffi (D. S. 1958; T. I; pág. 152). Ambos tendían a la creación de una comisión especial con la misión de elaborar un proyecto de ley sobre participación de utilidades.

Ultimamente el diputado León ha propiciado la formación de una comisión bicameral encargada de estudiar y proyectar la aplicación del

art. 14 bis de la Constitución Nacional, en cuanto establece la participación en las ganancias de las empresas (aún no impreso en Diario de Sesiones).

Dentro del ámbito de los proyectos de ley, el que fuera presentado en primer término es el de Pereyra Rozas (D. S. Dip. 1920; T. I; pág. 373). En él se propicia la formación de sociedades denominadas "sociedades a participación obrera", contemplándose el caso para los diferentes tipos. Por ejemplo en el caso de las sociedades anónimas, los trabajadores formarán una cooperativa de trabajo, emitiéndose acciones de trabajo cuya propiedad no es individual sino que pertenece a la cooperativa formada. Ésta, a su vez, designa sus representantes ante la asamblea y el directorio de la S. A., teniendo un porcentaje de votos proporcional al monto de las acciones de trabajo. De la utilidad neta se deduce, previamente, un margen que engrosa los fondos de los tenedores de acciones de capital y de acuerdo al interés corriente en plaza. El resto de la utilidad se distribuye en forma conjunta entre todos los accionistas, sean de capital o de trabajo. La distribución entre los miembros de la cooperativa se realiza teniendo en cuenta las remuneraciones percibidas y la antigüedad en la empresa. A su vez, la sociedad en comandita puede convertirse en sociedad en comandita a participación obrera, para lo cual la cuenta comandita de los trabajadores es individual en el caso de que fueran menos de 10, o bien, de la cooperativa a crearse si alcanzan ese número o lo superan; aplicándose en lo demás todo lo dispuesto para el caso de las S. A. En general el sistema funciona para cualquier establecimiento industrial o comercial, bajo forma de sociedad o individual, que trabaje con un capital mínimo de $ 20.000.

En el H. Senado existe un mensaje y proyecto de ley emanado del Poder Ejecutivo (D. S. Sen. 1946; T. III; pág. 166) acompañando el plan de realizaciones e inversiones para el período 1947-1951, entre los cuales se incluye una iniciativa sobre accionariado obrero. Se destaca el carácter voluntario de la incorporación de las empresas al sistema, es decir, no actúa compulsivamente a través de una norma imperativa y ello lo distingue precisamente de los otros proyectos. A cambio de esa incorporación voluntaria, las empresas que lo adopten gozarán de un derecho a la protección del Estado traducido en la obtención de ventajas de orden económico a establecerse en la reglamentación legal.

López Serrot también se ocupó del problema en reiteradas oportunidades durante su actuación parlamentaria en distintas épocas. Su proyecto original (D. S. Dip. 1946; T. X; pág. 486) fue luego reproducido en diversos períodos legislativos. Por ellos se propicia la creación del Instituto Nacional de Participaciones, integrado por representantes de los empleadores y de los trabajadores, que funcionará como organismo dependiente de la Secretaría de Hacienda de la Nación, teniendo a su cargo la aplicación de la ley. Ante este organismo deben

los empleadores realizar los depósitos que correspondan en concepto de participación obrera, oficiando, por lo demás, de órgano distribuidor de las ganancias. Los beneficiarios son los trabajadores de la industria, comercio y producción; siendo la porción distributible del orden del 33,33 % de las utilidades netas, tomándose en cuenta los balances presentados para el pago de los impuestos a los réditos. Se aclara también en el proyecto que el sueldo anual complementario previsto en el Decreto-Ley 33.302/45 no queda en ninguna forma suprimido por el hecho de la participación.

Otra iniciativa senatorial es la presentada por Tanco (D. S. Sen. 1947; T. I; pág. 686) por la cual se crea el Instituto Nacional de Participación en las Ganancias y Accionariado Obrero, como órgano encargado de la aplicación de la ley y dependiente de la Secretaría de Hacienda. Su funcionamiento es costeado por el aporte patronal correspondiente al 2 % del total de las utilidades líquidas, estando integrado tripartitamente por representantes del Poder Ejecutivo, empleadores y trabajadores. La característica central del proyecto es que establece la obligatoriedad de la participación en las ganancias, mientras que reserva la opción para el funcionamiento del accionariado. Las utilidades resultantes de los balances son verificados por la Dirección General Impositiva en colaboración con el Instituto. El porcentaje de participación se obtiene a través de un complejo aritmético: se cultiplica la utilidad por el monto total pagado en concepto de remuneraciones, este resultado se divide, a su vez, por la suma que resulta del capital más el total de remuneraciones; duplicándose dicha participación en el caso de que la utilidad sea inferior en un 20 % al capital invertido. Para la distribución individual se toma en cuenta la remuneración de cada trabajador, actuando el Instituto como depositario y distribuidor de los fondos. Por su parte la implantación del accionariado obrero en las empresas da derecho a la protección estatal en cuanto al otorgamiento de ciertas ventajas de tipo económico a determinarse en la reglamentación que haga el Poder Ejecutivo. En el accionariado se emiten acciones de capital y de trabajo, quedando éstas en poder del Instituto, quien se encarga de la sustitución por las de capital, tarea anual que se practica una vez realizada la participación en las ganancias. Cundo tal sustitución se ha completado la empresa queda en poder de los trabajadores.

En la iniciativa de Yadarola (D. S. Dip. 1951; T. III; pág. 2143) se crea una comisión encargada de proyectar la forma de percepción de las utilidades por participación que correspondan a empleados y obreros de las empresas económicas, privadas, públicas o mixtas, la cual estará integrada por representantes patronales y de los trabajadores, como así también del Estado, a través de funcionarios del Poder Ejecutivo y legisladores. Se establece que el monto en concepto de participación es del 30 % de las utilidades netas, y una vez deducidos los porcentajes establecidos para el pago del interés del capital y la retribución a los

directores y administradores. La base sobre la cual se calcula los beneficios la constituye el balance de la empresa, pudiendo, la comisión creada someterlo a control de la Dirección General Impositiva.

Con un alcance mucho más reducido que los casos anteriores, Spangenberg (D. S. Dip. 1959; T. II; pág. 1228) propició como una simple medida de carácter experimental abarcando solamente al núcleo de empresas pertenecientes al grupo D.I.N.I.E.; para lo cual se propone la creación de consejos de trabajadores que tendrán a su cargo la elaboración de planes técnicos y de producción, comercialización y ampliación, con el propósito de hacer efectivos los planes generales elaborados por el directorio de cada empresa, interviniendo igualmente en la fijación de la política salarial y en el régimen de distribución de las ganancias.

Ponce de León (D. S. Dip. 1959; T. VI; pág. 5021) propició la creación de la Dirección Nacional de Aplicación con el objeto de organizar y reglamentar la participación en los beneficios por parte del personal de las empresas privadas, mixtas y oficiales, ya sean comerciales, industriales, bancarias, civiles, etc.; para lo cual se crea un fondo correspondiente al 30 % de las utilidades líquidas, a distribuirse por partes iguales entre los trabajadores individualmente en proporción a su remuneración y a la entidad gremial a la cual pertenezcan.

En la iniciativa de Pozzio (D. S. Dip. 1961; T. I.; pág. 433) se propone que los beneficios correspondan a todo trabajador de las empresas económicas privadas, mixtas o del Estado. Correspondiendo en concepto de participación el 35 % de las utilidades líquidas, debiendo ser depositadas por el empleador a nombre individual de cada trabajador, teniendo en cuenta su remuneración y la antigüedad en la empresa. A su vez, éstos, pueden ejercer el control de la producción y la colaboración en la dirección por medio de sus representantes o fiscalizadores designados a tales efectos.

Dentro de la composición del parlamento, distintos sectores políticos abordaron el tema. así el diputado Carlos A. Bravo. (D. S. Dip. 1964; pág. 653) reedita una iniciativa que ya fuera presentada anteriormente en la H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, en la sesión del 18 de octubre de 1960. Allí se establece con carácter obligatorio la creación de un Consejo de Empresa en todo establecimiento que ocupe a más de 100 trabajadores, para lo cual éstos lo constituyen todo el personal del establecimiento, a excepción de los que desempeñan tareas de dirección. Dicho Consejo es presidido por el directivo de mayor jerarquía del establecimiento y lo integran cuatro miembros del personal en representación de los empleados, obreros, técnicos y calificados de dirección, a razón de uno por cada grupo. El objetivo de su funcionamiento es la de promover mejores condiciones

de comprensión, haciendo efectiva una auténtica colaboración entre empleadores y trabajadores, para lo cual el proyecto brinda una serie de atribuciones. También se contempla la posibilidad de la existencia de Consejos Profesionales, cuya creación compete al Poder Ejecutivo dentro de determinadas ramas de la actividad económica. Los mismos son integrados paritariamente por los dos sectores y constituyen verdaderos organismos de consulta de los poderes públicos en los aspectos y problemas relacionados con la actividad que representan.

El proyecto del ex diputado Rois (D. S. Dip. 1964; pág. 1005) instituye la cogestión obrero-patronal y la participación obrera en las utilidades, dentro del ámbito del comercio y la industria, excluyendo expresamente a las empresas del Estado y la actividad rural. Para ello se crean Consejos Obreros de Empresas, que funcionarán en todo establecimiento donde trabaje un número no inferior a los 20 trabajadores, estando integrada por representantes de los mismos en forma proporcional al número que integra el plantel; su elección es por votación directa y mediante la aplicación del sistema de la representación proporcional. Las atribuciones conferidas son compartidas con las propias del consejo de administración de la empresa en una gestión acorde. Si esa gestión acorde no fuera posible realizarla, los problemas que surjan son solucionados por medio de una Comisión de Arbitraje constituida paritariamente. Los Consejos Obreros de Empresa tienen además funciones de colaboración económica en los establecimientos que reúnan más de 100 obreros. El monto de las utilidades a participar es del 12 % en efectivo o del 35 % en acciones, pero siempre sujeto a la opción que manifieste individualmente cada trabajador y en proporción a las remuneraciones percibidas. Para la determinación de las ganancias se toma en cuenta el balance utilizado para el pago del impuesto a los réditos.

El accionario obrero —que también se proyecta— está sujeto a un régimen especial: debe crearse una cooperativa entre los trabajadores y las acciones solo se tranfieren entre ellos o a favor de la cooperativa. Digamos asimismo que la participación no integra el concepto de remuneración para todos los efectos legales, estando eximida del pago del impuesto a los réditos.

El sector de la democracia cristiana avaló con la firma de todos sus integrantes un proyecto (D. S. Dip. 1964; pág. 1582) de ley relacionado con la formación de Consejos de Empresa en todos los establecimientos que ocupen, por lo menos, a 50 personas; esto con carácter de obligatoriedad, pero si el personal oscila entre los 10 y 50 trabajadores, su constitución procede a pedido de parte. Tratándose de establecimientos donde trabajen menos de 10 personas se procede a la designación de 2 veedores con atribuciones similares al Consejo. El mismo está integrado igualitariamente por empleadores y trabajadores, siendo

los representantes de éstos elegidos por el voto secreto, directo y obligatorio del personal. Duran 3 años en sus funciones pudiendo ser reelegibles, pero pueden ser removidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a pedido del sindicato respectivo, abonando dicha solicitud por la firma de, por lo menos, el 51 % de los trabajadores de la empresa. El Consejo tiene funciones de colaboración y consulta entre los dos sectores, el contralor de los libros de contabilidad, la facultad de recabar informes sobre la situación económica-financiera de la empresa, emitir opiniones y formular sugestiones; asimismo realiza funciones de cooperación con las autoridades nacionales y provinciales respecto a las iniciativas o los estudios realizados o a realizarse sobre implantación de la cogestión y el acceso a la propiedad por parte de los trabajadores. Sus integrantes son considerados representantes gremiales a los efectos de la ley 14.455.

El proyecto del ex diputado Sandler (D. S. Dip. 1964; pág. 1636) establece el funcionamiento de los Consejos de Empresa en todo establecimiento con más de 20 trabajadores. Están excluidos expresamente los establecimientos donde se desarrollen tareas agrícolas. La edad para poder ser elector es de 16 años cumplidos, previéndose que también lo son los miembros de las fuerzas armadas. La representación es por el sistema de mayoría y minoría, siendo preciso para obtener esta última raber alcanzado un porcentaje especificado de sufragios, que, si no son obtenidos motivan la vacancia de esa representación. Existe incompatibilidad entre las calidades de consejero y la de delegado gremial. La votación es secreta y obligatoria y el proceso electoral es controlado por un Comité Electoral elegido a tal efecto también por los propios trabajadores. El mandato de los consejeros dura 2 años siendo reelegibles y pudiendo ser excluidos por decisión del juez de trabajo en el caso de negligencia o incumplimiento de las obligaciones legales, a pedido de la empresa, del sindicato representado o del 25 % de los electores. El Consejo tiene funciones de colaboración y emite opiniones a pedido de la empresa en cuanto a los puntos que le sean sometidos y con relación a la marcha de la misma.

En la sesión del 23 de setiembre la democracia cristiana nuevamente y encabezada por el presidente del bloque, diputado de Vedia, propició otra iniciativa sobre el tema (D. S. Dip. 1964; pág. 3913) pero esta vez sobre reformas de la empresa. La idea general del proyecto la brinda su art. 4º cuando establece que "toda empresa es una comunidad de trabajo"... "el lucro que pueda obtenerse queda subordinado al bien común"... Constituyendo empresa, dentro del proyecto, cada ente o establecimiento industrial, comercial, profesional, agrícola, ganadero, forestal, granjero, minero, pesquero, bancario, financiero, de seguros, de servicios públicos o cualquier otro ramo que realize una actividad económica lícita, sea privada, pública o mixta.

Se encaran varios aspectos específicos dentro del concepto general: a) creación de Consejos de Empresa; b) implantación de la cogestión; c) participación en los beneficios; y d) acceso a la propiedad de la empresa.

En el capítulo referente a la creación de los Consejos de Empresa se reproducen los lineamientos ya proyectados anteriormente y al que hiciéramos mención. Acá se establece que la representación de los trabajadores es realizada por la votación secreta y obligatoria de todos los trabajadores que estén sindicalizados y tengan más de 18 años de edad y 6 meses de antigüedad, como mínimo, en la empresa, requiriéndose para ser elegido, tener 22 años y poseer una antigüedad de 2 años, debiendo estar sindicalizado, pero puede integrar el Consejo un miembro que sea ajeno a la empresa, para lo cual debe contar con versación en las materias competentes al Consejo. Duran 2 años en sus funciones pudiendo ser reelectos; son excluidos si lo solicitan bajo firma el 75 % del personal. La actuación del Consejo está prevista en tres etapas. Durante la primera sólo tiene facultades de consulta y asesoramiento y colaboración respecto a problemas tales como salarios, primas, condiciones de trabajo, higiene y seguridad, organización y funcionamiento de la empresa. En la segunda etapa sus decisiones adquieren carácter resolutivas y de fuerza obligatoria. Finalmente en la tercera adquiere función consultiva y de colaboración en todo lo referente a la gestión económica y financiera de la empresa. Para solucionar los problemas que motivarían los desacuerdos que podrían plantearse se instituyen árbitros, creados a pedido de parte, o bien cámaras arbitradoras que se crearán por el organismo encargado de la aplicación de la ley, es decir, el Departamento de Reforma Empresaria, dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Vinculada con los aspectos enunciados anteriormente el funcionamiento de la cogestión se realiza, como dijimos, en etapas, cuya duración está prevista en los 2 años para cada una, requiriéndose que en cada etapa más de la mitad, como mínimo, de las decisiones del Consejo de Empresa hayan sido resueltas por el acuerdo de las partes, o bien por la resolución arbitral favorable al criterio sostenido por el sector laboral. Se excluyen expresamente del régimen de la cogestión las cuestiones científicas o puramente técnicas.

En cuanto a la participación en los beneficios la cuota a distribuirse es del 35 % de las utilidades líquidas, y son adjudicadas a una cooperativa integrada por los trabajadores. Tal beneficio es pagado en acciones a su valor real, siendo determinado el mismo por la cámara arbitral. En la determinación de las utilidades interviene la Dirección General Impositiva en caso de desacuerdo, aunque la empresa tenga o no sus libros en regla.

El proyecto fija asimismo un régimen de acceso a la propiedad de la empresa por parte de los trabajadores, siendo el mismo de aplicación en todo establecimiento que haya ocupado entre el 1º de julio de 1963 y el 30 de junio de 1964 un promedio diario de 300 trabajadores en relación de dependencia, o que hubiesen poseído a la última fecha mencionada un capital de quinientos millones de pesos; para dar cumplimiento a ello se propicia la declaración de utilidad pública y sujeto a expropiación el 20 % de las acciones y derechos de esas empresas. El pago se hace efectivo en bonos del Estado a 30 años de plazo redituando un interés del 6 % anual. Esta porción de capital es adjudicado a una cooperativa integrada por los trabajadores que la compra en el mismo plazo, pero a un interés del 7 % anual, reteniéndose las sumas respectivas en el momento de distribuir las utilidades. Para poder integrar la cooperativa es necesario ser trabajador de la empresa. Asimismo, el o los sindicatos de esa actividad participan en el gobierno de la cooperativa con una proporción del 20 % respecto al número de trabajadores. Para la distribución de las utilidades en forma individual se toma en cuenta el puntaje acumulado por cada uno sobre la base de la remuneración, la antigüedad, las asignaciones familiares, la puntualidad y la asistencia.

Capítulo V

Régimen de la Ley 14.250

La convención colectiva es en el mundo contemporáneo jurídico una de las manifestaciones más brillantes del derecho del trabajo. Se ha dicho con razón que tiene el cuerpo de contrato y el alma de ley, por cuanto descansa en el acuerdo de voluntades y por ser de aplicación a las personas que no han intervenido directa o indirectamente en su celebración, que lo asimila a la ley.

En este capítulo es menester no perder de vista las disposiciones contenidas en la actual legislación sobre convenciones colectivas y lo dispuesto en la ley de asociaciones profesionales. Recordemos que dentro del juego de las disposiciones establecidas en la ley 14.250 únicamente las asociaciones profesionales con personería gremial están capacitadas para celebrar convenios colectivos de trabajo en representación de sus gremios, y que esa personería gremial es otorgada —en la ley 14.455— a la asociación profesional de trabajadores más representativa de la actividad de que se trate, sin perjuicio de que las asociaciones sin personería gremial puedan ejercer otros derechos, siempre que estén inscriptas en el registro llevado por el Ministerio de Trabajo. También para el desarrollo del tema conviene tener presente la ley 14.932, me-

diante la cual se aprobaron distintos convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo, entre los cuales figura el convenio Nº 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación.

Con el aporte de estos elementos haremos una reseña de las iniciativas legislativas presentadas en distintas oportunidades y a partir de la sanción de las respectivas leyes en vigencia.

Así, el diputado Belnicoff (D. S. 1959; T. III; pág. 2692) planteó por vía de un proyecto de resolución un pedido de informes al Poder Ejecutivo sobre la exactitud o no de que la Organización Internacional del Trabajo consideró totalitaria la ley 14.455.

El Dr. Perette, en la época en que fuera diputado nacional propició (D. S. Dip. 1960; T. I; pág. 201) la constitución de una comisión especial encargada de proyectar un ordenamiento democrático que asegure al movimiento obrero una legislación laboral basada en auténticos postulados jurídicos y sin intenciones políticas. Anteriormente (D. S. 1958; T. V; pág. 3322) y por medio de un proyecto de ley solicitaba la derogación lisa y llana de la ley 14.455 por considerarla inconstitucional, facista y totalitario.

Por su parte, los diputados Aguinaga y Jofre (D. S. Dip. 1960; T. II; pág. 1133) proyectaron un régimen legal de organización de trabajadores, para lo cual, apartándose del sistema en vigencia, admiten que la personería gremial sea acordada por la mera inscripción en un registro que llevará el Ministerio de Trabajo, y previniendo el caso de que existiesen varias asociaciones con personería otorgada, establecen que la representación en las negociaciones corresponde a una comisión intersindical compuesta por no más de 15 miembros elegidos en proporción el número de afiliados de la actividad de que se trate. Asimismo derogan expresamente el art. 8º de la ley 14.250, en su segunda y tercera parte, relativo a los beneficios especiales que corresponden a los trabajadores que se encuentren afiliados a la asociación que suscribió el convenio, y a la contribución obligatoria en favor de dicha asociación para todos los trabajadores de la misma actividad, estén o no afiliados, por considerarlos inspirados en principios opuestos al de la libertad sindical.

Ya en fecha más recientemente (aún no impreso el Diario de Sesiones) el diputado Massolo presentó en la Cámara de la que formaba parte un proyecto de resolución, en el cual solicita la derogación de la ley 14.455 y pide la formación de una comisión especial encargada de proyectar un nuevo ordenamiento legal sobre la materia, como asimismo la de promover las modificaciones que sean necesarias a la ley 14.250 de manera tal que quede garantizada la independencia sindical y el respeto al convenio Nº 87 de la O.I.T.

Capítulo VI

Conclusiones

En los capítulos anteriores hemos señalado, en breve síntesis, lo principal o lo más importante de una serie de proyectos presentados al Honorable Congreso de la Nación vinculados con instituciones del derecho laboral.

En su análisis se ha dejado a un lado cualquier estimación de tipo valorativo, tratando de ubicarnos en el aspecto puramente objetivo, dada la naturaleza del tema.

En un momento como el que vivimos, en que muchas veces una crítica ligera hace nacer la desconfianza o el descreimiento hacia las instituciones, esta reseña demuestra, a las claras, la permeabilidad del legislador frente a los graves problemas de nuestros tiempos y su empeño en lograr una fórmula que se considere eficaz para resolverlos.

Por ello, como hemos visto, esa preocupación no ha sido ni es patrimonio monolítico de ningún sector en particular, sino por el contrario, ha estado presente en los representantes de toda una comunidad. Es de desear que esas nobles aspiraciones logren concretarse, y que de su estudio sereno y responsable, se logre plasmar un cuerpo de leyes laborales que hagan realidad la razón final del Derecho del Trabajo: la paz social.

TRATADO QUE ESTABLECE UNA ZONA DE LIBRE COMERCIO E INSTITUYE LA "ASOCIACION LATINOAMERICANA DE LIBRE COMERCIO"

HUGO S. LEIBOVICH

Una de las tendencias económicas internacionales, que se manifiestan desde 15 años a esta parte, son las integraciones económicas a nivel regional, con consecuencias en los planos políticos. jurídicos, sociales, etc. Sabido es de la existencia de este tipo de fenómenos en Europa occidental y oriental, en Centro y en Latinoamérica. El tratado, celebrado en Montevideo en febrero de 1960, recoge para América Latina, esta corriente y mediante él, se consagra la "Asociación Latinoamericana de Libre Comercio" ALALC, formada por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay, e instituye una zona de libre comercio.

Son países no miembros:

Colombia, Ecuador (Venezuela* y Bolivia han expresado su intención de ingresar).

Argentina ha ratificado el Tratado, por ley 15.378, promulgada por el Poder Ejecutivo por decreto Nº 12.282. Publicado en el Boletín Oficial del 18 de octubre de 1960.

Se instituye la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC.).

Se instituyen o especifican los órganos que asegurarán su ejecución.

El tratado queda abierto a la incorporación de las restantes naciones latinoamericanas.

Meta u objetivo del tratado: liberación del comercio recíproco de las partes contratantes, tendiente a estimular el comercio intrazonal mediante franquicias comerciales otorgadas entre si por los países miembros en virtud de negociaciones anuales como corresponde a partes soberanas.

* Estando en prensa el presente, se produjo la ratificación del Tratado, por Venezuela.

Se diferencia con la UNION ADUANERA, que es la figura jurídica del Mercado Común Europeo, en que los países miembros se comprometen a perfeccionar una verdadera unión económica que comprenda no tan solo la liberación del intercambio de productos sino también la libre circulación de capitales y personas mediante la abolición de fronteras económicas.

¿Qué es la zona de libre comercio?:

Es un ámbito geo-espacial donde no se eliminan entre sus Estados miembros las fronteras económicas, salvo para lo esencial del intercambio comercial y no se requiere un arancel aduanero uniforme para terceros países, con lo que se reservan las naciones asociadas el más completo ejercicio de su soberanía arancelaria.

Los signatarios no abandonan, sin embargo, la idea de una mayor complementación económica, ya que el Tratado, es el primer paso hacia el mercado común latinoamericano.

El Tratado en si

La ampliación de las actuales dimensiones de los mercados nacionales, a través de la eliminación gradual de las barreras al comercio intrarregional, constituye la condición fundamental para que los países de América Latina, puedan acelerar su proceso de desarrollo económico, en forma de asegurar un mejor nivel de vida para sus pueblos.

No constituye el instrumento exclusivo para que los países que lo conforman puedan seguir acrecentando la tasa de crecimiento de sus producciones. Es imprescindible además políticas nacionales internas acordes con las nuevas necesidades que nos impone la estructuración de la economía mundial y se estima que el mayor esfuerzo tendrán que hacerlo los países en la conformación de las estructuras de sus economías internas y que este tratado es un elemento importante y fundamental, que ha de coadyuvar armónicamente con los planes internos a desarrollarse en la tasa apetecida y anhelada, el crecimiento de las economías de los países de América Latina.

Caracteres

Son los siguientes:

Es una institución jurídico-comercial de carácter multilateral.

Consagra el mecanismo de la negociación sobre la automaticidad.

Instituye el principio de la reciprocidad en las concesiones que se formalicen.

Gradualidad en el proceso de liberalización, objetivada en las exenciones progresivas de gravámenes y en la eliminación gradual de otras restricciones que se conocen como cuantitativas y que obstaculizan o limitan las importaciones actuales procedentes de los países del área.

Regula solamente el intercambio de las partes.

Consagra el tratamiento incondicional e ilimitado de la nación más favorecida.

Reconoce como meta la expansión y diversificación del intercambio y la complementación de los países de la zona.

Frente a terceros países, cada parte mantiene sus propios regímenes aduaneros.

No se forma un territorio aduanero, sino que se agrupan países con autodeterminación.

Se asume el compromiso formal de eliminar gradualmente para lo esencial de su comercio recíproco, los gravámenes y las restricciones de todo orden que gravitan sobre la importación de productos originarios de cualquier parte contratante.

Se asumen compromisos mínimos por etapas.

Teniendo en consideración estos carácteres, se alcanzaría el desarrollo económico mediante el máximo aprovechamiento de los factores de producción disponibles y de la mayor coordinación de los planes de desarrollo de los diferentes sectores de la producción, dentro de normas que contemplarían debidamente los intereses de todos y cada uno, y, que compensarían convenientemente a través de medidas adecuadas, la situación especial de los países de menor desarrollo económico relativo.

Dinámica del instrumento

El tiempo de perfeccionamiento de la "zona" es de no más de doce años, a contar de la fecha de entrada en vigor (art. 2).

En estos doce años, las partes, deben ir eliminando gradualmente para lo esencial de su comercio recíproco los gravámenes y las restricciones de todo orden que incida sobre la importación de productos originarios del territorio de cualquiera parte contratante.

La eliminación gradual se alcanzará por medio de *negociaciones periódicas,* que se realicen entre las partes contratantes, de las cuales resultan:

Listas nacionales, con las reducciones anuales de gravámenes y demás restricciones que cada contratante conceda a las demás.

Una lista común, con la relación de los productos cuyos gravámenes y demás restricciones, las partes se comprometan por decisión colectiva, a eliminar íntegramente para el comercio intrazonal.

Cada parte debe conceder anualmente a las demás reducciones de gravámenes, equivalentes por lo menos al ocho por ciento (8%), de la media ponderada de los gravámenes vigentes para terceros países.

Las listas nacionales entran en vigor el 1º de enero de cada año.

La inclusión de productos en la lista común es definitiva y las concesiones otorgadas sobre tales productos son irrevocables.

Las negociaciones tienen como objetivo expandir y diversificar el intercambio, así como promover la progresiva complementación de las economías de los países de la "zona".

Con el objeto de intensificar la integración, las partes contratantes, realizarán esfuerzos en el sentido de promover una gradual y creciente coordinación de las respectivas políticas de industrialización, patrocinando con este fin, entendimientos entre representantes de los sectores económicos interesados y celebrar acuerdos de complementación por sectores industriales.

Organos de la Asociación

A. La Conferencia de las Partes Contratantes.

B. El Comité Ejecutivo Permanente.

A. *La Conferencia:*

Es el órgano máximo de la Asociación.

Atribuciones:

Adopta las providencias necesarias para la ejecución del Tratado, y examina los resultados de la aplicación del mismo.

Promueve la realización de las negociaciones y aprecia sus resultados.

Aprueba el presupuesto anual del Comité y fija las contribuciones de cada parte contratante.

Establece su reglamento y aprueba el del Comité.

Elige un Presidente y dos Vicepresidentes para cada período de sesiones.

Elige el Secretario Ejecutivo del Comité.

Entiende en los demás asuntos de interés común.

La Conferencia está constituida por delegaciones de las partes contratantes, teniendo cada delegación derecho a su voto.

Reuniones de la Conferencia:

Sesiones ordinarias, una vez por año.

Sesiones extraordinarias: cuando fuera convocada por el Comité.

Sus decisiones se toman con la presencia de por lo menos dos tercios de las partes contratantes.

B. *El Comité:*

Es el órgano permanente de la Asociación, encargado de velar por la aplicación de las disposiciones del Tratado, teniendo las siguientes atribuciones y obligaciones.

Convocar la Conferencia.

Someter a la Conferencia un programa anual de trabajos así como un proyecto de presupuesto anual de gastos del Comité.

Representar a la Asociación ante terceros países y organismos o entidades internacionales con el objeto de tratar asuntos de interés común. Asimismo, la representará en los contratos de derecho público y privado.

Realizar estudios, sugerir providencias y formular a la Conferencia las recomendaciones que considere convenientes para el mejor cumplimiento del Tratado.

Someter a las sesiones ordinarias de la Conferencia un informe anual sobre sus actividades y sobre los resultados de la aplicación del Tratado.

Solicitar el asesoramiento técnico, así como la colaboración de personas y organismos nacionales o internacionales.

Tomar las decisiones que le fueran delegadas por la Conferencia.

Ejecutar las tareas que le fueren encomendadas por la Conferencia.

Su constitución:

Un representante permanente de cada parte contratante, con derecho a un voto.

A su vez, el Comité tiene una Secretaría dirigida por un Secretario Ejecutivo y personal técnico y administrativo. El Secretario Ejecutivo, es elegido por la Conferencia, para un período de tres años, y renovable; participa en el plenario del Comité, sin derecho a voto. Es a su vez, el Secretario General de la Conferencia, con las siguientes atribuciones:

Organiza los trabajos de la Conferencia y del Comité.

Prepara el proyecto de presupuesto anual y de gastos del Comité.

Contrata y admite el personal técnico y administrativo.

El Comité puede solicitar para los órganos de la Asociación, el asesoramiento técnico de la Secretaría Ejecutiva de la CEPAL y del C.I.E.S. de la O.E.A.

La Asociación, goza de completa personalidad jurídica y especial capacidad para:

a) contratar; b) adquirir los bienes muebles e inmuebles indispensables para la realización de sus objetivos y disponer de ellos; c) demandar en juicio; d) conservar fondos en cualquier moneda y hacer las transferencias necesarias.

También existen protocolos sobre: normas y procedimientos para las negociaciones sobre la constitución de un Comité Provisional; sobre compra-venta de petróleo y derivados; sobre tratamiento especial a favor de Bolivia y Paraguay.

En el pasado mes de setiembre del año de 1965, se ha dado un paso más, en la evolución de este organismo con motivo de la creación del "Consejo de Ministros", resuelto por la Primera Conferencia de Cancilleres de la A.L.A.L.C., órgano no previsto en el Tratado.

Sede de la Asociación

Ciudad de Montevideo (art. 1º).

EFECTOS DEL ILICITO CIVIL

CARLOS SANTIAGO NINO

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Los estudiosos del derecho civil señalan como una de las fuentes primigenias de las obligaciones al hecho ilícito, al "maleficium" romano.

Así aparece consagrado en las Institutas de Gayo, así también en las de Justiniano. De allí lo tomó Pothier que inspiró en esto al Código Francés.

Vélez Sársfield en la nota a la sección primera del libro segundo de nuestro Código menciona también al delito y al cuasi delito como fuentes de vínculos creditorios y luego en el título VIII de la sección segunda legisla ampliamente sobre ambos institutos.

Con la evolución lógico-formal del vínculo obligacional y con el desarrollo histórico de las relaciones materiales que le dan contenido se fue modificando la enumeración clásica de las fuentes de las obligaciones, pero nunca se dudó de la necesidad de incluir entre ellas al antiguo "maleficium".

Nos proponemos precisamente en estas líneas formular la tesis de que el hecho ilícito [1] debe ser excluido del conjunto de las fuentes de los derechos creditorios. Creemos que la concepción tradicional obedece a un equívoco y que él mismo está provocado por una confusión entre los conceptos de obligación y sanción.

Tenemos conciencia de que hay muchos siglos de tradición jurídica que pesan en favor de la concepción clásica; esto nos obliga a extremar nuestro análisis y a meditar cuidadosamente las conclusiones, pero no es suficiente para desalentar nuestro trabajo, pues creemos que es un imperativo para los que nos dedicamos al estudio del derecho revisar muchas nociones que desde Roma se vienen repitiendo sin detenerse a investigar su consistencia lógica y su validez jurídica.

[1] De aquí en adelante utilizaremos el vocablo hecho ilícito o ilícito civil comprendiendo tanto la faz delictual como la cuasi-delictual. Algunos autores, como WELZEL (*Derecho Penal*, Depalma, 56, pág. 58) prefieren hablar de "injusto", distinguiendo el injusto penal del civil.

En los párrafos siguientes enfocaremos el tema desde ángulos diversos, intentando demostrar que, desde todos ellos, la doctrina tradicional muestra definidos errores.

II. Obligación y Sanción

Como ya lo dejamos dicho, estos son los términos de la confusión clásica.

Se impone, pues, determinar los alcances que asignamos a ambos conceptos.

Nuestra adhesión a la teoría pura del derecho hace que busquemos la ayuda de Hans Kelsen para tal fin.

El máximo exponente de la Escuela de Viene responde a nuestro requerimiento de modo muy claro:

"Existe obligación (jurídica) de conducirse de una manera determinada cuando la conducta opuesta es la condición de una sanción". [2]

La conducta obligatoria es, pues, el proceder contrario al que es antecedente de la sanción.

A lo anterior debemos hacer una aclaración. El término obligación (obligatio) es tomado por los civilistas en un sentido más restringido que el que Kelsen nos define.

Al respecto es clásica la definición de Justiniano:

"Obligatio est juris vinculun, quo necesitate astrinjimus alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitate iura". [3]

Se usa el término como contrapartida de derecho creditorio, sin perjuicio de que a veces también se lo utilice comprendiendo la faz activa del crédito.

Es decir que el vocablo "obligatio" designa solamente una especie del género de los deberes jurídicos (obligación jurídica para Kelsen). Esta especie se distingue por pertenecer al derecho privado (que se caracteriza por que los sujetos obligados participan en la creación de las normas que los obligan) y por su contenido patrimonial.

[2] *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Bs. As., 2ª Ed. 1960.

[3] Inst. Pr. De oblig., III 13.

Nos permitimos desarrollar un cuadro demostrativo de la ubicación de las obligaciones en el ámbito general de los deberes jurídicos:

DEBER JURIDICO (u obligación jurídica en sentido amplio).

- *De carácter público.* Por ejemplo:
  - deber de no matar
  - deber de sufragar
  - deber de juzgar por parte del juez.
- *De carácter privados*
  - a) Extrapatrimoniales. Por ejemplo· deber de educación y guarda de los padres con relación a los hijos.
  - b) Patrimoniales: *obligaciones*

La obligación es, pues, un deber jurídico de carácter privado y de contenido patrimonial.

La definición de Kelsen referente al género es, por lo tanto, aplicable plenamente a la especie.

En cuanto a la sanción el iusfilósofo austríaco la define como "un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesaria, de bienes tales como la vida, la libertad o cualquier otro valor, tenga o no contenido económico". [4]

De esto se deduce que mientras la obligación jurídica consiste en la imposición de una determinada conducta bajo la amenaza de la privación de un determinado bien, la sanción consiste, precisamente, en tal privación, es decir en la efectivización de la coacción.

La confusión entre estos conceptos produce feas consecuencias

En casi todas las obras que tratan este tema se observa que si bien se estructura toda la sistemática en base a la consideración de la consecuencia del ilícito civil como una obligación, a menudo se escapa el el término sanción para denominarla. Esto puede significar dos cosas: que se piense que ambos términos son sinónimos, lo que hemos visto que es completamente equivocado, o, lo cual es más probable, que se suponga que estamos frente a una sanción que consiste en la imposición de una obligación.

[4] H. KELSEN, op. cit., p. 70.

La última posición es aún más incorrecta. El creer que una sanción pueda consistir en la imposición de una obligación supone una falsedad conceptual.

Más tarde volveremos sobre este punto, pero aquí preguntamos: ¿Cuál sería entonces la sanción para el incumplimiento de esta nueva obligación? ¿Acaso el nacimiento de otro vínculo obligacional? Esto supondría un regressum ad infinitum.

Además cabe formular este otro interrogante: dado el evidente paralelismo con lo que ocurre en el ámbito penal ¿la sanción punitiva supone también la imposición de un nuevo deber jurídico? Ya veremos más adelante que no.

Por ahora queremos agregar para terminar estas líneas sobre los conceptos de obligación y sanción unas palabras de Hans Kelsen suficientemente demostrativas de la imposibilidad de confundirlos:

"Muchas confusiones se habrían evitado de haberse sabido hacer siempre la distinción entre la responsabilidad jurídica y la obligación jurídica... La noción de obligación está ligada a la de hecho ilícito, en tanto que la responsabilidad se relaciona con la sanción".[5]

III.— El Derecho Romano

Tal confusión surgió en Roma. Y es al emperismo de los romanos que debemos responsabilizar de ello. ¡Cuánto habría ganado el derecho si la ciencia jurídica hubiera tenido un desarrollo más amplio en Atenas! Seguramente Platón habría aliviado el trabajo de los iusfilósofos modernos.

Ante todo en el derecho romano no se distinguía claramente el ilícito penal del civil.

Se hablaba de delitos públicos y privados.

Los primeros eran aquéllos que atacaban directamente al orden público o a la organización política y por lo tanto la persecución criminal estaba a cargo de cualquiera y eran juzgados por tribunales especiales.

Los delitos privados eran los que no reunían esas condiciones y sus consecuencias estaban regladas por el derecho civil. Entre ellos

[5] Op. cit., p. 93.

se contaban hechos que hoy constituyen delitos típicos del derecho criminal, por ej.: lesiones, hurto, daños.

Pero si analizamos las consecuencias que producían esos hechos veremos que no siempre llevaban aparejados una sanción civil de indemnización, como una apresurada asimilación de los términos delito privado-delito civil haría presumir, sino que en la mayoría de los casos la sanción que seguía a la comisión de uno de estos hechos era una sanción penal, aunque de carácter privado.

Veamos algunos ejemplos:

Si el autor del "damnun injuria datum" confesaba su responsabilidad, debía pagar una indemnización estrictamente limitada al monto del perjuicio; pero si la negaba, el juez, luego de verificados los hechos debía condenarlo al pago del doble de los daños causados. [6]

En el caso de que hubiese cómplices, tanto ellos como el autor debían pagar el importe íntegro del perjuicio, sin que el pago de uno liberase a los demás. [7] O sea que la indemnización total que recibía la víctima superaba al perjuicio sufrido, tantas veces cuantas fueren las personas que interviniesen en el delito.

Además la sanción era estrictamente personal y no pasaba a los herederos sino por el provecho que hubieran sacado del delito. [8]

Esta misma circunstancia se observa también en otros delitos como en el de injuria (ataque genérico a la persona). [9]

La acción vi bonorum taptorum (que tenía lugar en el robo y daño violento) también acarreaba una sanción de carácter punitivo pues aparte de su finalidad recuperatoria de la cosa robada tenía por objeto el pago del triple de su valor. [10]

De estos ejemplos surge claro el carácter penal que tenían en Roma las sanciones por la comisión de los delitos privados.

Eran penas privadas, algunas de las cuales subsisten todavía. [11] Henoch Aguiar dice de ellas que "son las que no se pronuncian en interés de la colectividad sino en beneficio de personas individuales o

[6] ULPIANO, L., 25, § 2, D. ad leg. Aquil.

[7] L. 11, § 2, D.eod.

[8] L. 23, § 8 D.eod.

[9] I. § 21 ht.

[10] L. 2, § 13 Deod.

[11] HENOCH, AGUIAR, *Hechos y actos jurídicos*, T. IV Actos ilícitos. TEA. 51, paf. 502.

colectivas que se benefician con ellas en cuanto sin otro motivo que el hecho que las determinan experimentan un aumento de su patrimonio económico". [12]

Agrega este civilista que tales penas tienen dos objetos: castigar al delincuente y beneficiar a la víctima.

Los hermanos Mazaud [13] dicen refiriéndose al concepto que los romanos tenían de la sanción civil: "Nunca el derecho romano llegó a desprenderse totalmente de la idea de pena privada y a hacer de la condenación civil lo que es hoy: una indemnización".

Y continúan citando a Girard: "La distinción entre la acción indemnizatoria y la penal "est restée vacillante" y jamás condujo a desprender a las acciones indemnizatorias de ciertas reglas que solamente se explican con la idea de la pena". [14]

De todo esto se deduce que en Roma no solamente la condenación que seguía a la comisión de un delito privado era una sanción, sino que en la mayoría de los casos constituía la más definida de todas las sanciones, es decir, una sanción penal.

Por lo tanto la inclusión por Gayo y justiniano del hecho ilícito entre las fuentes de las obligaciones era una opinión doctrinaria que no se adecuaba al derecho vigente en la misma Roma. [15]

Por eso los juristas modernos que son consecuentes en esto con los clásicos romanos cometen un doble error: No advierten que no solamente en el derecho actual la indemnización de daños no constituye una obligación, sino que menos lo era en el derecho romano, que dio origen a la doctrina.

IV.— Deuda y Responsabilidad

Espíritus tan esclarecidos como Demogue, Pacchioni, Rocco, Pugliatti, Enneccerus y Von Thur introdujeron en el derecho privado una distinción de indudable valor. [16]

Esta consiste en diferenciar en el vínculo creditorio dos momentos o períodos: El de la deuda que comprende desde el origen de la obligación hasta su cumplimiento o incumplimiento, el de la responsabilidad que va desde el incumplimiento hasta la ejecución del crédito.

[12] Op. cit., pág. 498.

[13] Henri et Leon Mazoud, *Traité Théorique et practique de la responsabilité civile*, T. I, Librairie du Recuil Sirey. pág. 30.

[14] Op. cit,, pág. 30.

No compartimos en todos sus alcances la doctrina precedente, pero la utilizaremos para demostrar la validez de nuestra tesis por dos razones: Primero, porque casi todos los civilistas que afirman que la indemnización de daños es una obligación la aceptan y por lo tanto se impone demostrar que sostener ambas dostrinas implica una contradicción. Segundo, porque la corrección de las fallas de esta teoría no cambia, como luego demostraremos, el fondo de la misma.

La consecuencia de admitir esta tesis como cierta es la de reconocer que el hecho ilícito no da origen a un vínculo obligacional en el cual se puedan advertir los dos períodos deuda y responsabilidad.

Y esto surge con evidencia si recordamos el significado de ambos momentos: En la deuda el deudor es activo, tiene la facultad de cumplir o no cumplir; el acreedor debe esperar, debe mantener una actitud pasiva. En el período responsabilidad los papeles se invierten y el que se mantenía pasivo actúa, "agrede"; mientras el deudor no tiene más remedio que dejar actuar.

La observación de la situación que sucede a la comisión de un hecho ilícito nos permite advertir sólo una de estas manifestaciones: la que corresponde al período llamado de responsabilidad.

En efecto, notamos la actividad del acreedor y la pasividad del deudor que si bien puede pagar voluntariamente la indemnización, ésta es facultad irrelevante jurídicamente, tan irrelevante como la misma facultad que tiene el deudor contractual luego del incumplimiento de su obligación.

Ahora bien, para esta teoría, que repetimos es aceptada por casi todos los civilistas, para constituir una obligación deben darse los dos períodos, uno sólo es inidóneo para configurarla. Afirmar lo contrario llevaría a admitir que la responsabilidad que surge del incumplimiento contractual constituye una obligación por si misma y no un período del vínculo precedente.

Algunos juristas como Meignié, Baudrie Lacantinerie, Barde, Colmet de Santerre y Hubert de la Hassue se adelantaron a esta objeción negando el paralelismo entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Para ellos la responsabilidad contractual consiste en una sanción que es el resultado de la violación de una obligación anterior, mientras que la responsabilidad delictual es por sí misma una obligación.

Los hermanos Mazaud rechazaron tal concepción. Nos permitimos transcribir de su obra unos párrafos, quizá un poco extensos, pero llenos de interés:

"La obligación que nace de la responsabilidad contractual es tan obligación como la anterior... Con el incumplimiento nace una obligación que se substituye a la preexistente, sea enteramente, sea en parte. Tanto el contrato como su incumplimiento son fuente de obligaciones. La responsabilidad contractual es, con el mismo título que la delictual, fuente de obligaciones.

"Con numerosos autores se puede establecer un paralelismo más amplio entre las dos situaciones. Si hay una obligación preexistente al nacimiento de la responsabilidad contractual lo hay también en la delictual; el que contrae una obligación delictual, contrae una obligación nacida de la ley.

"En los dos casos la responsabilidad nace de la inejecución de una obligación preexistente.

"Es exacto decir que la responsabilidad contractual y la delictual son dos institutos en algún sentido paralelos, ubicados en el mismo plano.

"En el caso del delito no hay una obligación precisa, pero sí una obligación indeterminada de conducirse con prudencia y diligencia". [17]

Cada una de las dos posiciones tiene de verdad lo que la otra tiene de falso. Es cierto como dice la doctrina sostenida entre otros por Baudrie Lacantanerie de que la responsabilidad contractual consiste en una sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente y no es en sí misma una obligación; pero no es verdad que no haya un paralelismo con la responsabilidad delictual: aquí también hay una sanción por la inejecución de una obligación anterior.

Por su parte los hermanos Mazaud vieron esta parte de la verdad: Hay un paralelismo entre ambas situaciones. Pero mientras ellos pensaron que ese paralelismo se daba en el hecho de que en ambos casos nacen obligaciones lo cierto es que tiene lugar porque en ambas situaciones surgen sanciones como la otra doctrina lo había entrevisto para el caso de la responsabilidad contractual.

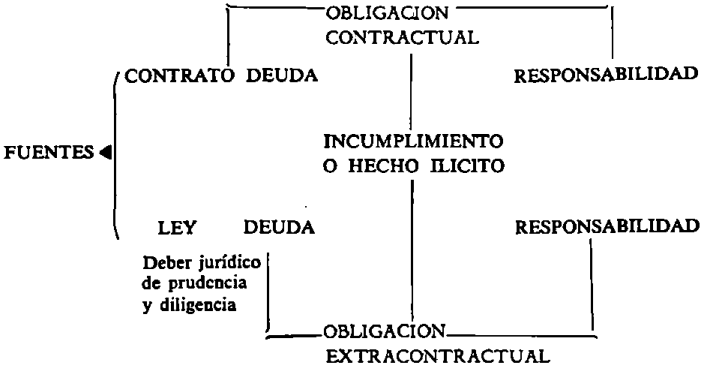
Además los Mazaud tuvieron el gran acierto de hablar de la obligación preexistente de la cual el delito constitutye su inejecución. Esta obligación es un deber jurídico de prudencia y diligencia que tiene su origen en la ley.

Aquí surgen nuevamente los dos períodos de que hablábamos al comienzo de este parágrafo. Deuda y responsabilidad.

[17] Op. cit., pág. 97.

En los casos delictuales el período deuda va desde el origen de la obligación (o sea la ley) hasta la comisión del delito. El período responsabilidad, desde tal comisión hasta la ejecución de la indemnización.

Presentaremos gráficamente estas conclusión mostrando el paralelismo con las obligaciones contractuales:



El panorama queda así extraordinariamente simplificado con dos fuentes principales de obligaciones, el contrato y la ley, constituyendo la violación de ambas un hecho ilícito y dando origen en los dos casos a responsabilidad.

Pero hemos dicho que la doctrina que distingue la deuda y la resresponsabilidad tiene una falla que no hace al desarrollo de fondo. Expliquémosla, sin embargo, brevemente.

Es inexacto, como afirma esta doctrina, que es necesaria la existencia efectiva de los períodos deuda y responsabilidad como etapas temporales concatenadas indefectiblemente; pues es evidente que en el caso de cumplimiento de la obligación, que es lo normal naturalmente, el segundo período no tiene lugar.

Pero también es evidente que no hay deber jurídico (deuda), sin la posibilidad de que se aplique una sanción (de que surja responsabilidad) para el caso de que no sea cumplido.

Deuda y responsabilidad no son, dos períodos que se deban suceder en forma necesaria, pero son nociones conceptualmente inseparables en el sentido de que es definitorio para la caracterización de la primera la posibilidad de que surja la segunda.

Obligación es sólo deuda (deber jurídico) pero no hay obligación sino nos podemos representar a la responsabilidad como estado posible.

Esta corrección de la doctrina de la deuda y responsabilidad no cambia, repetimos, la validez del desarrollo precedente. Después de la comisión del hecho ilícito surge sólo responsabilidad.

Pero aún hay más.

V. El Derecho y la Libertad

¿Para que haya un deber tiene que haber un poder? ¿Qué queremos significar con ésto? Deseamos expresar que para que haya un deber jurídico tiene que haber la posibilidad de no cumplirlo de adoptar una conducta acorde o contraria a ese deber.

Al profesor Sebastián Soler le oímos cierta vez pronunciar una frase llena de sentido: "La ley puede efectivamente ser violada".

La libertad es un presupuesto de todo deber jurídico.

Esto no es privativo de los sistemas políticos democráticos. Piénsese en una norma tan totalitaria como ésta: "Se impondrá la pena de muerte al que no salude vivando al líder". Aún una norma semejante permite la posibilidad de ser violada. Hay por lo menos la libertad de elegir la muerte.

Es decir que hay un concepto de libertad jurídica ínsito en toda norma, que es distinto al concepto político de libertad.

Y esto es así porque el derecho es un procedimiento psicológico de coacción. "Es una técnica social que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada", como dice Kelsen. [18]

A su vez Soler afirma, tomando como ejemplo una norma que prohibe matar: "Frente a la voluntad incoercible del hombre esta norma no puede suprimir el homicidio, sólo puede tratar de evitarlo. Y para ello no le queda más camino que el influir sobre su psique poniendo motivos que alejen de su comisión.

"Esta operación se cumple mediante otra valoración. El derecho escoge otro bien jurídico del cual todo sujeto dispoga (vida, libertad,

[18] Op. cit., pág. 72.

patrimonio, etc.) y mediante la privación de ese bien, constituye un sistema de amenazas". [19]

Las normas jurídicas imponen, pues, motivaciones psíquicas y no constreñimientos físicos. Ellas pueden, por lo tanto, no ser obedecidas.

Cuando no hay tal posibilidad no nos encontramos ante un deber jurídico (la autoeximición no violenta no es delito —las rejas reemplazan al deber—) sino en presencia de una sanción, es decir de un acto de autoridad.

La norma que se refiere a la imposición de sanciones se dirige al juez, él tiene el deber jurídico de aplicarla y no el reo de sufrirla.

La sanción civil no es una excepción. El que comete un hecho ilícito no tiene la obligación de pagar daños y perjuicios, desde que no puede dejar de pagarlos, carece de la opción que brinda toda obligación y que niega cualquier sanción.

Ya insinuamos que se podría afirmar que la indemnización civil es una obligación porque se podría dejar de pagarla y atenerse a la ejecución forzada.

Kelsen parece sostener esta posición. [20] Si este es su pensamiento el ilustre iusfilósofo se contradice.

En su definición de sanción incluye a la efectiva aplicación de la fuerza como una eventualidad pero no como una necesidad. Lo importante es que la fuerza esté latente y que hay un efectivo cumplimiento de la amenaza de privación del bien jurídico. Que esto se cumpla forzosamente o con intervención de la voluntad del sancionado, poco importa.

¿Cambia en algo el carácter sancionador de la pena carcelaria por el hecho de que el condenado se presente voluntariamente a cumplir la misma? ¿Porqué exigir, entonces, la ejecución forzada en el derecho civil y no en el penal?

Se podría afirmar que la ejecución forzada en el derecho civil representa un mal mayor —liquidación de bienes— que el pago volun-

[19] *Los valores jurídicos*, Rev. Jurídica de Córdoba. Abril-junio 1947, p. 238.

[20] Repetidamente habla de la sanción civil como ejecución forzada. Por ej. op. cit., pág. 153.

tario de la indemnización y por lo tanto actúa psíquicamente como amenaza para inducir a que se cumpla voluntariamente con la reparación. Pero es que la ejecución forzada en el derecho penal también trae perjuicios mayores para el condenado —lesiones en su persona, daños en sus bienes— y a nadie se le ocurrió pensar que sólo en este caso haya sanción.

La colaboración que pueda prestar el condenado para el cumplimiento de la sanción es tan irrelevante en el derecho civil como en el derecho penal. Los daños mayores que la ejecución forzada pueda producir son circunstancias eventuales, a veces necesarias, que el derecho no busca y que siempre se trata de impedir.

La ejecución forzada es, pues, solamente un procedimiento para lograr el cumplimiento de la sanción impuesta.

Al decir que la sanción es constreñimiento físico, a diferencia del deber jurídico que es coacción psicológica, queremos decir que la fuerza está por lo menos latente y presta a entrar en acción para suplir la colaboración del condenado.

Ahora bien, el hecho de que la sanción no tenga las características que hacen a lo jurídico no quiere decir que esté fuera del derecho.

El funcionario que la aplica tiene el deber jurídico de hacerlo. Hasta allí llega el derecho. La pirámide jurídica termina en un mero acto, en un acto coactivo.

Aquí queremos terminar este trabajo.

Puede ser que nuestra tesis sea errónea; si es así estamos listos para rectificarnos. Pero creemos que en lo que no podemos estar equivocados es en nuestro intento de aplicar las nociones de la filosofía jurídica al derecho civil. El derecho privado es el que más está necesitando de este aporte y pensamos que éste se debe hacer comenzando por la materia de las obligaciones, pues, como afirma Planiol: "ésta es la más teórica de todas las partes del derecho y constituye el dominio principal de la lógica jurídica". [21]

[21] PLANIOL, *Traité Pratique de Droit Civil Francais*, T. IV.

TEXTOS

TRATADO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

TEXTO DE 1889

TÍTULO I

De la jurisdicción

Art. 1. — Los delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la Nación en cuyo territorio se perpetran.

Art. 2. — Los hechos de carácter delictuoso perpetrados en un Estado que serían justiciables por las autoridades de éste si en él produjeran sus efectos, pero que sólo dañan derechos e intereses garantidos por las leyes de otro Estado, serán juzgados por los tribunales y penados según las leyes de este último.

Art. 3. — Cuando un delito afecta a diferentes Estados, prevalecerá para juzgarlo la competencia de los tribunales del país damnificado en cuyo territorio se captura al delincuente.

Si el delincuente se refugiase en un Estado distinto de los damnificados, prevalecerá la competencia de los tribunales del país que tuviese la prioridad en el pedido de extradición.

Art. 4. — En los casos del artículo anterior, tratándose de un solo delincuente, tendrá lugar un solo juicio, y se aplicará la pena más grave de las

TEXTO DE 1940

TÍTULO I

De la jurisdicción y de la ley aplicable

Art. 1. — Los delitos, cualquiera que sea la nacionalidad del agente, de la víctima o del damnificado, se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes del Estado en cuyo territorio se perpetran.

Art. 2. — En los delitos que afecten a dos o más Estados, cometidos por uno o varios delincuentes, serán competentes los jueces o tribunales del lugar en donde hayan sido consumados, debiendo aplicarse en el respectivo proceso las leyes locales.

Si el delito se hubiere consumado en más de un país, serán competentes los tribunales y se aplicarán las leyes del Estado que hubiere tomado conocimiento judicial en primer término.

Art. 3. — Si se trata de delitos conexos cometidos por uno o más delincuentes, sean éstos autores principales, cómplices o encubridores, en territorio de dos o más Estados signatarios, se dará preferencia en el juzgamiento de ellos a la autoridad y ley penal del país en donde se consume el delito más grave, quedando esta circunstancia librada al criterio del Estado requerido.

Art. 4. — En los casos previstos en los Artículos 2º y 3º, el juez del proceso deberá dirigirse al Poder Ejecutivo para que éste dé conocimiento de su inicia-

establecidas en las distintas leyes penales infringidas.

Si la pena más grave no estuviera admitida por el Estado en que se juzga el delito, se aplicará la que más se le aproxime en gravedad.

El juez del proceso deberá, en estos casos, dirigirse al Poder Ejecuivo para que éste dé conocimiento de su iniciación a los Estados ineresados en el juicio.

Art. 5. — Cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar, con arreglo a sus leyes, a los delincuentes asilados en su territorio, siempre que después de requerir a las autoridades del país dentro del cual se cometió algunos de los delitos que autorizan la extradición, no se ejercitase por éstas, acción represiva alguna.

Art. 6. — Los hechos realizados en el territorio de un Estado que no fueren pasibles de pena según sus leyes, pero que estuviesen penados por la Nación en donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción.

Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos.

ción a los Estados interesados en el juicio.

Art. 5º — Los hechos realizados en el territorio de un Estado, que no fueren pasibles de pena según sus leyes, pero que estuvieren penados por el Estado en donde producen sus efectos, no podrán ser juzgados por los jueces o tribunales de éste sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción.

Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos.

Cuando se trate de hechos cometidos por funcionarios públicos que presten servicios en territorio extranjero, y tales hechos constituyan violación criminal de los deberes específicos de la función que se les haya encomendado, no se aplicará la regla precedente y serán juzgados y penados por los jueces o tribunales del Estado a que dichos funcionarios pertenecen, conforme a las leyes del mismo.

Art. 6. — Cualquiera de los Estados signatarios podrá expulsar, con arreglo a sus leyes, a los delincuentes extranjeros refugiados en su territorio, siempre que después de requerir a las autoridades del país dentro del cual se cometió alguno de los delitos que autorizan la extradición, no se solicitare su entrega, por dicha vía, en el plazo de noventa días.

Art. 7. — Para el juzgamiento y castigo de los delitos cometidos por cualquiera de los miembros de una Legación, se observarán las reglas establecidas por el Derecho Internacional Público.

Art. 7. — Para el juzgamiento de los delitos cometidos por cualquiera de los funcionarios de una Misión Diplomática y de sus respectivas familias, se observarán los principios señalados por el Derecho Internacional Público.

Igual procedimiento se seguirá tratándose de los jefes de Estado y su séquito, y de los miembros de un cuerpo de Ejército, cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tenga relación legal con dicho Ejército.

Art. 8. — Los delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales, ya sea a bordo de buques de guerra o mercantes, se juzgan y penan por las leyes del Estado a que pertenece la bandera del buque.

Art. 8. — Los delitos cometidos en buques de guerra o mercantes, se juzalta mar, ya sea abordo de aeronaves, gan y se penan por la ley del pabellón.

Art. 9. — Los delitos perpetrados a bordo de los buques de guerra de un Estado que se encuentren en aguas territoriales de otro, se juzgan y penan con arreglo a las leyes del Estado a que dichos buques pertenezcan.

También se juzgan y penan según las leyes del país a que los buques de guerra pertenecen, los hechos punibles ejecutados fuera del recinto de éstos individuos de su tripulación o que ejerzan algún cargo en ellos, cuando dichos hechos afectan principalmente el orden disciplinario de los buques.

Si en la ejecución de los hechos punibles sólo intervinieren individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra el buque.

Art. 9. — Los delitos perpetrados a bordo de los buques o aeronaves de guerra de un Estado que se encuentren en aguas territoriales de otro, se juzgan por los tribunales y se penan con arreglo a las leyes del Estado a que dichos buques o aeronaves pertenecen.

Si en la ejecución de tales hechos cometidos abordo sólo intervinieran individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra o aeronave, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentre el buque o aeronave.

También se juzgarán y penarán por las leyes del país a que los buques o aeronaves pertenezcan, los hechos punibles ejecutados fuera de éstos por los individuos de su tripulación o que ejerzan algún cargo a bordo, cuando dichos hechos afecten únicamente el orden disciplinario de los buques o aeronaves.

Art. 10. — Los delitos cometidos a bordo de un buque de guerra o mercante en las condiciones prescriptas en

Art. 10. — Los delitos cometidos abordo de buques que no sean de guerra, serán juzgados y penados por los

el artículo 2º, serán juzgados y penados con arreglo a lo que estatuye dicha disposición.

Art. 11. — Los delitos cometidos a bordo de los buques mercantes son juzgados y penados por la Ley del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encontraba el buque al tiempo de perpetrarse la infracción.

Art. 12. — Se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas en la extensión de cinco millas desde la costa de tierra firme e islas que forman parte del territorio de cada Estado.

Art. 13. — Los delitos considerados de piratería por el Derecho Internacional Público, quedarán sujetos a la jurisdicción del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes.

Art. 14. — La prescripción se rige por las leyes del Estado al cual corresponde el conocimiento del delito.

jueces o tribunales y leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encontraba el buque a tiempo de perpetrarse la infracción.

Si los delitos se cometen a bordo de aeronaves privadas que no estén en vuelo, serán juzgados y penados según las leyes y por los jueces del territorio en donde se cometieron.

Art. 11. — Los delitos cometidos abordo de aeronaves, buques de guerra o mercantes, en las condiciones previstas por los artículos 2º y 3º, serán juzgados y penados con arreglo a lo que estatuyen dichas disposiciones.

Art. 12. — Se declaran aguas territoriales, a los efectos de la jurisdicción penal, las comprendidas e nla extensión de cinco millas desde la costa e islas que forman parte del territorio de cada Estado.

Art. 13. — El Estado ribereño tiene el derecho de continuar en alta mar la persecución comenzada en el mar territorial, y detener y juzgar al navío que hubiera cometido una infracción en los límites de sus aguas. En caso de captura en alta mar el hecho será siempre notificado sin retardo al Estado cuyo pabellón enarbole el navío. La persecución quedará interrumpida desde que el navío entre en el mar territorial o en un puerto de su país o de un tercer Estado.

Art. 14. — La piratería internacional, el tráfico de estupefacientes, la trata de blancas, la destrucción o deterioro de cables submarinos, quedan sujetos a la jurisdicción y ley del Estado bajo cuyo poder caigan los delincuentes, cualquiera que sea el lugar en donde se cometan dichos delitos, sin perjuicio del derecho de preferencia que compete al Estado en el cual los hechos

delictuosos sean consumados, de solicitar, por la vía de extradición, la entrega de los delincuentes.

Art. 15. Los delitos cometidos a bordo de aeronaves que se encuentren en vuelo sobre un Estado extranjero, caerán bajo la jurisdicción de este último, si la aeronave hiciere en él su primer aterrizaje. En caso contrario, la jurisdicción será del Estado en cuyo territorio se efectuare dicho primer aterrizaje, aplicándose la legislación del Estado subyacente; y, cuando no fuere posible determinar sobre qué territorio se cometió el delito, regirá la ley del pabellón.

Será obligatorio para el piloto de una aeronave en vuelo, a quien se denuncie la comisión de un delito, aterrizar en el primer aeródromo conocido y dar cuenta a la respectiva autoridad.

Art. 16. — La prescripción de la acción y de la pena se juzgarán por los jueces o tribunales y con arreglo a las leyes del Estado al que corresponde el conocimiento del delito.

Art. 17. — La sentencia pronunciada en cualquiera de los Estados signatarios será reconocida en ellos para establecer la reincidencia, habitualidad o tendencia a delinquir del sujeto acusado, como así también para obligarlo, mientras se encuentre en el territorio de los mismos a la reparación del daño, a las medidas personales de seguridad y a la interdicción resultante del proceso.

Los Estados signatarios suministrarán informes sobre los antecedentes judiciales o policiales registrados en sus archivos siempre que fueren requeridos para hacerlo por otro Estado interesado.

Nota: El Título II referente al Asilo se encuentra publicado junto con la convención sobre Asilo y Refugio Políticos que fue firmada en el Segundo Congreso de Montevideo de Derecho Internacional Privado. (Lecciones y Ensayos Nº 14).

Título III

Del régimen de la extradición

Art. 19. — Los Estados signatarios se obligan a entregarse los delincuentes refugiados en su territorio, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

1ª Que la Nación que reclama el

Título II

De la extradición

Capítulo I

Del régimen de la extradición

Art. 18. — Los Estados contratantes se obligan a entregar, siempre que fueren requeridos al efecto, las personas que, procesadas o conndenadas por las autoridades de uno de ellos, se encuentren en el territorio de otro.

La entrega se concederá con arreglo a las formalidades procesales vigentes en el Estado requerido, debiendo concurrir las siguientes condiciones:

a) Que el sujeto haya sido condenado por sentencia firme a un año de prisión por lo menos; y, si se trata de procesado, que el delito materia del proceso sea pasible, de acuerdo con la legislación del Estado requirente, de una pena intermedia mínima de dos años de prisión. Se considera intermedia la semisuma de los extremos de cada una de las penas privativas de la libertad.

b) Que el Estado requirente tenga jurisdicción para conocer y fallar el delito que motiva el reclamo, aun cuando se trate de hechos perpetrados fuera del territorio de los Estados contratantes.

Art. 19. — La nacionalidad del reo no podrá ser invocada como causa para denegar la extradición, salvo que una disposición de orden constitucional establezca lo contrario.

delincuente tenga jurisdicción para conocer y fallar en juicio sobre la infracción que motiva el reclamo;

2ª Que la infracción, por su naturaleza o gravedad, autorice la entrega;

3ª Que la Nación reclamante presente documentos, que según sus leyes autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo;

4ª Que el delito no esté prescripto con arreglo a la ley del país reclamante;

5ª Que el reo no haya sido penado por el mismo delito ni cumplido su condena.

Art. 20. — La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedirla la nacionalidad del reo.

Art. 20. — La extradición no se concederá:

a) Por el delito de duelo;

b) Por el delito de adulterio;

c) Por los delitos de injurias y calumnias, aun cuando sean cometidos por medio de la prensa;

d) Por los delitos políticos;

e) Por los delitos comunes ejecutados con un fin político, salvo que a juicio del juez o del tribunal requerido, predomine manifiestamente el carácter común;

f) Por los delitos comunes cuando, a juicio del juez o del tribunal del Estado requerido, pueda inferirse de las circunstancias que rodean al pedido, que media propósito político preponderante en su presentación;

g) Por los delitos esencialmente militares, con exclusión de los que se rigen por el derecho común. Si a la persona reclamada se le imputa un delito militar que esté a la vez penado por el derecho común, se hará la entrega con reserva de que sólo será juzgado por este último y por los tribunales ordinarios;

h) Cuando por el mismo hecho la persona reclamada haya sido o estuviere siendo juzgada en el Estado requerido, de acuerdo con las disposiciones de este Tratado; o si la acción o la pena estuvieran prescriptas según las leyes del Estado requirente antes de la prisión del inculpado;

i) Cuando la persona reclamada tuviera que comparecer ante un tribunal o juzgado de excepción.

La apreciación del carácter de las infracciones corresponde exclusivamente a las autoridades del Estado requerido, con arreglo a la ley que sea más favorable al reclamado.

Art. 21. — Los hechos que autorizan la entrega del reo, son:

1º) Respecto a los presuntos delincuentes, las infracciones que según la ley penal de la Nación requeriente se hallen sujetas a una pena privativa de la libertad que no sea menor de dos años, u otra equivalente;

2º) Respecto de los sentenciados las que sean castigadas con un año de la misma pena como mínimum.

Art. 21. — Ninguna acción civil o comercial relacionada con el reo podrá impedir su extradición.

Art. 22. — No son suscriptibles de extradición los reos de los siguientes delitos:

El duelo;

El adulterio;

Las injurias y calumnias;

Los delitos contra los cultos.

Los reos de delitos comunes conexos con cualquiera de los anteriormente enumerados, están sujetos a extradición.

Art. 22. — Cuando el individuo reclamado se hallare privado de su libertad en virtud de procesamiento o cumplimiento de condena en el Estado requerido, su entrega podrá ser diferida hasta después de levantada la restricción de su libertad o de extinguida la condena quedando suspendida, mientras tanto, la prescripción de la acción y de la pena.

Art. 23. — Tampoco dan mérito a la extradición los delitos políticos y todos aquellos que atacan la seguridad interna o externo de un Estado, ni los co-

Art. 23. — No será reputado delito político, ni hecho conexo, el homicidio o atentado contra la vida del jefe de un Estado contratante.

munes que tengan conexión con ellos

La clasificación de estos delitos se hará por la Nación requerida con arreglo a la ley que sea más favorable al reclamado.

Art. 24. — Ninguna acción civil o comercial relacionada con el reo podrá impedir su extradición.

Art. 24. — Los individuos cuya extradición hubiere sido concedida, no podrán ser juzgados por delitos anteriores a los que motivan la extradición.

Podrán ser juzgados y penados previo consentimiento del Estado requerido, acordado con arreglo al presente Tratado los delitos susceptibles de extradición.

Art. 25. — La entrega del reo podrá ser diferida mientras se halle sujeto a la acción penal del Estado requerido sin que esto impida la sustanciación de juicio de extradición.

Art. 25. — Cuando la extradición de un individuo se pidiere por diferentes Estados, refiriéndose los pedidos al mismo delito, se dará preferencia al del Estado en cuyo territorio se consumó el delito; y si lo hubiera sido en distintos países, se preferirá al que hubiera prevenido.

Si se tratare de hechos diferentes, se concederá la extradición al Estado en cuyo territorio se cometió el delito más grave, a juicio del Estado requerido.

Si se tratare de hechos diferentes, que el Estado requerido repute de igual gravedad, la preferencia será determinada por la prioridad del pedido.

Art. 26. — Los individuos cuya extradición hubiese sido concedida, no podrán ser juzgados ni castigados por delitos políticos anteriores a la extradición, ni por actos conexos con ellos.

Podrán ser juzgados y penados, previo consentimiento del Estado requerido, acordado con arreglo al presente Tratado, los delitos susceptibles de extradición que no hubiesen dado causa a la ya concedida.

Art. 26. — En los casos previstos en los apartados 2 y 3 del artícul anterior, el Estado requerido, al conceder la extradición, podrá estipular, como condición, que la persona reclamada debe ser objeto de ulterior extradición.

Art. 27. — Cuando diversas Naciones solicitaren la entrega de un mismo individuo por razón de diferentes delitos, se accederá en primer término al pedido de aquélla en donde a juicio del Estado requerido se hubiese cometido la infracción más grave. Si los delitos se estimasen de la misma gravedad, se otorgará la preferencia a la que tuviese la prioridad en el pedido de extradición; y si todos los pedidos tuvieran la misma fecha, el país requerido determinará el orden de la entrega.

Art. 28. — Si después de verificada la entrega de un reo a un Estado, sobreviniese respecto del mismo individuo un nuevo pedido de extradición de parte de otro Estado, corresponderá acceder o no al nuevo pedido, a la misma Nación que verificó la primera entrega, siempre que el reclamado no hubiese sido puesto en libertad.

Art. 29. — Cuando la pena que haya de aplicarse al reo sea la de muerte, el Estado que otorga la extradición podrá exigir sea sustituida por la pena inferior inmediata.

Art. 27. — En ningún caso se impondrá la pena de muerte por el delito que hubiese sido causa de la extradición.

Art. 28. — Las normas precedentes se aplican en el caso de sujetos condenados a medidas de seguridad, siempre que éstas consistan en la privación o restricción de la libertad, y que para su extinción falte más de un año.

Capítulo II

Del procedimiento de la extradición

Art. 29. — El pedido de extradición deberá formularse por el respectivo agente diplomático, y, a falta de éste, por los agentes consulares o directamente de Gobierno a Gobierno, y deberá acompañarse, según se trate de procesados o de condenados, de copia del auto de prisión o de auto judicial que entrañe privación de libertad, emanado de autoridad competente o copia auténtica de la sentencia condenatoria.

Las piezas deben contener indicación precisa del hecho inculpado, de la fecha y del lugar en que ha ocurrido. Serán acompañadas de copia de las leyes aplicables, así como de las referentes a la prescripción de la acción o de la pena, incluyéndose, así mismo, datos y antecedentes que permitan identificar a la persona reclamada.

Título IV

Del procedimiento de extradición

Art. 30. — Los pedidos de extradición serán introducidos por los agentes diplomáticos o consulares respectivos, y en defecto de éstos, directamente de Gobierno a Gobierno, y se acompañarán los siguientes documentos:

1º) Respecto de los presuntos delincuentes, copia legalizada de la ley penal aplicable a la infracción que motiva el pedido, y del auto de detención y demás antecedentes a que se refiere el inciso 3º del artículo 19;

2º) Si se trata de un sentenciado, copia legalizada de la sentencia condenatoria ejecutoriada, exhibiéndose a la vez en igual forma, la justificación de que el reo ha sido citado, y representado en el juicio o declarado legalmente rebelde.

Art. 31. — Si el Estado requerido considérase improcedente el pedido por defectos de forma, devolverá los documentos respectivos al Gobierno que lo formuló, expresando la causa y defectos que impiden su sustanciación judicial.

Art. 32. — Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido remitirá todos los antecedentes al juez o tribunal competente, quien ordenará la prisión del reo y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediese tal medida, con arreglo a lo establecido en el presente Tratado.

Art. 30. — La reclamación del condenado no podrá fundarse en sentencia dictada en rebeldía, esto es, cuando el reo no fue personalmente citado para defenderse, o cuando habiendo sido citado, no hubiere comparecido. Sin embargo, podrá acordarse la extradición con la promesa del Estado requirente de reabrir el proceso respectivo a los efectos de su defensa.

Art. 31. — Si el pedido de extradición hubiese sido introducido en debida forma, el Gobierno requerido remitirá los antecedentes al juez o tribunal competente, quien apreciará la procedencia de tal pedido conforme a lo establecido en los Artículos 29 y 30, y, en su caso, tomará las medidas necesarias relativas a la captura de la persona reclamada, ordenando su arresto y el secuestro de los objetos concernientes al delito, si a su juicio procediere.

Art. 32. — Si el juez del Estado requerido considerase improcedente el pedido por defecto de forma, indicará al Juez del Estado requirente qué piezas le faltan señalando un término racional para su remisión.

Art. 33. — En todos los casos en que proceda la prisión del refugiado, se le hará saber su causa en el término de veinticuatro horas y que puede hacer uso del derecho que le acuerda el artículo siguiente.

Art. 34. — El reo podrá, dentro de tres días perentorios, contados desde el siguiente al de la notificación, oponerse a la extradición, alegando:

1º — Que no es la persona reclamada;

2º — Los defectos de forma de que adolezcan los documentos presentados

3º — La improcedencia del pedido de extradición.

Art. 35. — En los casos en que fuese necesaria la comprobación de los hechos alegados, se abrirá el incidente a prueba, rigiendo respecto de ella y de sus términos las prescripciones de la ley procesal del Estado requerido.

Art. 36. — Producida la prueba, el incidente será fallado sin más trámite, en el término de diez días, declarando si hay o no lugar a la extradición.

Dicha resolución será apelable dentro del término de tres días, para ante el tribunal competente, el cual pronunciará su decisión en el plazo de cinco días.

Art. 33. — En los casos en que efectúe el arresto, se hará saber al interesado en el término de veinitcuatro horas, la causa que lo motivó.

En el plazo perentorio de tres días a contar desde el siguiente a la notificación, el interesado podrá oponer las siguientes excepciones:

a) incompetencia del juez del Estado requerido que ordenó el arresto;

b) no ser la persona reclamada;

c) defectos de forma en los documentos presentados;

d) improcedencia del pedido de extradición.

Art. 34. — En los casos en que fuese necesaria la comprobación de los hechos alegados, se abrirá el incidente a prueba, rigiendo respecto de ella y de su término, las prescripciones de la ley procesal del Estado requerido.

Art. 35. — Producida la prueba, el incidente será resuelto sin más trámite, declarando si hay o no lugar a la extradición.

En caso de que el conocimiento del pedido corresponda originariamente al juez de primera instancia, la resolución será apelable ante el tribunal competente.

Art. 36. — Si la sentencia fuese favorable al pedido de extradición, el tribunal que pronuncie el fallo lo hará saber inmediatamente al Poder Ejecutivo a fin de que provea lo necesario para la entrega del delincuente.

Si fuese contraria, una vez ejecutoriada, el juez o tribunal ordenará la inmediata libertad del detenido y lo

comunicará al Poder Ejecutivo, incluyendo copia de la sentencia para que la ponga en conocimiento del Gobierno requirente.

Art. 37. — Si la sentencia fuese favorable al pedido de extradición, el tribunal que pronunció el fallo lo hará saber inmediatamente al Poder Ejecutivo, a fin de que provea lo necesario para la entrega del delincuente.

Si fuese contraria, el juez o tribunal ordenará la inmediata libertad del detenido, y lo comunicará al Poder Ejecutivo, adjuntando copia de la sentencia, para que la ponga en conocimiento del Gobierno requeriente.

En los casos de negativa por insuficiencia de documentos, debe reabrirse el juicio de extradición siempre que el Gobierno reclamante presentase otros, o complementase los ya presentados.

Art. 37. — Si el detenido manifiesta conformidad con el pedido, el juez o tribunal redactará una acta de los términos en que esa conformidad haya sido prestada y declarará sin más trámite la procedencia de la extradición.

Art. 38. — Si el detenido manifestase su conformidad con el pedido de extradición, el juez o tribunal labrará acta de los términos en que esa conformidad haya sido prestada, y declarará sin más trámite la procedencia de la extradición.

Art. 38. — Los objetos que se encuentren en poder de la persona reclamada, sea que provengan del hecho, o que hubieren servido para su ejecución, o el hecho se hubiera ejecutado en ellos, o en cualquier otro modo revistiesen el carácter de piezas de convicción, serán secuestrados y entregados al Estado requirente, aun cuando no se efectúe la extradición por motivo de muerte o desaparición del inculpado.

Art. 39. — Todos los objetos concernientes al delito que motiva la extradición y que se hallaren en poder del reo, serán remitidos al Estado que obtuvo la entrega.

Los que se hallaren en poder de terceros, no serán remitidos sin que los poseedores sean oídos previamente y resuéltose las excepciones que opongan.

Art. 39. — En el caso de hacerse la entrega del reo por la vía terrestre, corresponderá al Estado requerido efectuar su traslación hasta el punto más adecuado de la frontera.

Cuando la traslación del reo deba efectuarse por vía marítima, fluvial o aérea, la entrega se hará a los agentes que designe el Estado requirente, en el puerto o aeródromo más apropiado de embarco.

El Estado requirente podrá en todo

caso constituir uno o más agentes de seguridad; pero la intervención de éstos quedará subordinada a los agentes o autoridades del territorio del Estado requerido, o del de tránsito.

Art. 40. — En los casos de hacerse la entrega del reo por la vía terrestre, corresponderá al Estado requerido efectuar la traslación del inculpado hasta el punto más adecuado de su frontera.

Cuando la traslación del reo deba efectuarse por la vía marítima o fluvial, la entrega se hará en el puerto más apropiado de embarque, a los agentes que debe constituir la Nación requeriente.

El Estado requeriente podrá, en todo caso, constituir uno o más agentes de seguridadá pero la intervención de éstos quedará subordinada a los agentes o autoridades del territorio requerido o del de tránsito.

Art. 40. — Cuando para la entrega de un reo cuya extradición hubiese sido acordada por un Estado a favor de otro fuese necesario atravesar el territorio de un Estado intermedio, el tránsito será autorizado por éste sin otro requisito que el de la exhibición por vía diplomática, del testimonio en forma del decreto de extradición que la otorgó.

Art. 41. — Cuando para la entrega de un reo, cuya extradición hubiese sido acordada por una Nación a favor de otra, fuese necesario atravesar el territorio de un Estado intermedio el tránsito será autorizado por éste sin otro requisito que el de la exhibición por la vía diplomática del testimonio en forma del decreto de extradición, expedido por el Gobierno que la otorgó.

Si el tránsito fuese acordado, regirá lo dispuesto en el inciso 3º del artículo anterior.

Art. 41. — Los gastos que demande la extradición del reo serán por cuenta del Estado requerido hasta el momento de la entrega, y, desde entonces a cargo del Gobierno requirente.

Art. 42. — Los gastos que demande la extradición del reo serán por cuenta del Estado requerido hasta el momento de la entrega, y desde entonces a cargo del Gobierno requeriente.

Art. 42. — Cuando la extradición fuese acordada y se tratase de un enjuiciado, el Gobierno que la hubiese obtenido comunicará al que la concedió la sentencia definitiva recaída en la causa que motivó aquélla.

Art. 43. — Cuando la extradición fuese acordada y se tratase de un enjuiciado, el Gobierno que la hubiese obtenido comunicará al que la concedió

Art. 43. — Concedida la extradición y puesta la persona reclamada a disposición del agente diplomático, consular o policial del Estado requirente, será de-

la sentencia definitiva recaída en la causa que motivó aquélla.

clarada en libertad si dentro del término de cuarenta días contados desde la comunicación en ese sentido, no hubiere sido enviada a su destino, salvo solicitud de una prórroga prudencial. En este caso, no se admitirá un nuevo pedido por la misma causal.

Título V

De la prisión preventiva

Art. 44. — Cuando los gobiernos signatarios reputasen el caso urgente, podrán solicitar por la vía postal o telegráfica, que se proceda administrativamente al arresto provisorio del reo, así como a la seguridad de los objetos concernientes al delito, y se accederá al pedido, siempre que se invoque la existencia de una sentencia o de una orden de prisión, y se determine con claridad la naturaleza del delito castigado o perseguido.

Art. 44. — Concedida la extradición, el Estado requirente se compromete a que el inculpado sea sometido a juicio exclusivamente, de acuerdo con el artículo 24º, por el hecho que determinó su entrega y no por otro anterior, salvo si, puesto en libertad, permaneciera voluntariamente en el territorio del Estado requerido por más de 30 días.

Art. 45. — El detenido será puesto en libertad, si el Estado requeriente no presentase el pedido de extradición dentro de los diez días de la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio.

Art. 45. — Durante el proceso de extradición, la persona detenida no podrá ser puesta en libertad bajo fianza.

Art. 46. — En todos los casos de prisión preventiva, las responsabilidades que de ella emanen corresponden al Gobierno que solicitó la detención.

Título III

Del arresto preventivo

Art. 46. — En casos urgentes, los Estados contratantes podrán solicitar, por vía postal o telegráfica, que se proceda al arresto del inculpado y a la incautación de los objetos concernientes al delito, una vez que se determine la naturaleza del mismo y se invoque la existencia de una orden de prisión emanada de juez competente.

En esos casos, el detenido será puesto en libertad si dentro de sesenta días

de la fecha de su arresto no hubiera sido presentado al Estado requerido el pedido formal de extradición, debidamente instruido.

Cumplido el plazo y puesto el detenido en libertad, no se podrá solicitar de nuevo su arresto sino después de la presentación de los documentos exigidos por el artículo 29º.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 47. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todas las Naciones signatarias. La que lo apruebe lo comunicará a los Gobiernos de la República Oriental del Uruguay y de la República Argentina para que lo hagan saber a las demás Naciones Contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 48. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado quedará en vigor desde ese acto por tiempo indefinido.

Art. 49. — Si alguna de las Naciones signatarias creyese conveniente desligarse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a las demás; pero no quedará desligada sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 50. — Las estipulaciones del presente Tratado sólo serán aplicables a los delitos perpetrados durante su vigencia.

Art. 51. — El artículo 47 es extensivo a las Naciones que no habiendo

Art. 47. — En el caso de arresto preventivo, la libertad del detenido se llevará a cabo sin perjuicio de la retención de los objetos que se especifican en el artículo 38, durante un término prudencial que fijarán los jueces del Estado que procedió al arresto, de acuerdo con las circunstancias que rodean al hecho.

Art. 48. — En todos los casos de arresto preventivo las responsabilidades que de él emanen corresponden al Estado que solicitó la medida.

TÍTULO IV

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 49. — No es indispensable para la vigencia de este Tratado su ratificación simultánea por todos los Estados contratantes. El que lo apruebe lo comunicará al Gobierno de la República Oriental del Uruguay, para que lo haga saber a los demás Estados contratantes. Este procedimiento hará las veces de canje.

Art. 50. — Hecho el canje en la forma del artículo anterior, este Tratado entrará en vigor, desde ese momento, por tiempo indefinido.

Art. 51. — Si alguno de los Estados contratantes creyese conveniente desli-

concurrido a este Congreso quisieran adherirse al presente Tratado.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios de las Naciones mencionadas lo firman y sellan en el número de cinco ejemplares, en Montevideo, a los veintitrés días del mes de Enero del año mil ochocientos ochenta y nueve.

garse del Tratado o introducir modificaciones en él, lo avisará a los demás, pero no quedará desligado sino dos años después de la denuncia, término en que se procurará llegar a un nuevo acuerdo.

Art. 52. — Ningún pedido de extradición por delito cometido antes del canje de las ratificaciones de este Tratado puede ser fundado en sus estipulaciones.

Art. 53. — El artículo 49 es extensivo a los Estados que no habiendo concurrido a este Congreso quisieran adherir el presente Tratado.

En fé de lo cual, los plenipotenciarios de las Naciones mencionadas lo firman en Montevideo a los diez y nueve días del mes de Marzo del año mil novecientos cuarenta.(*)

RESERVAS:

De la Delegación de la República Argentina

La Delegación de la República Argentina deja a salvo el derecho de hacer distingo entre "delincuente político" y "terrorismo internacional".

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

LIBROS Y REVISTAS

MAY EDEL: *African Tribalism: Some Reflections on Uganda*, en Political Science Quarterly, Vol. LXXX, setiembre 1965, número 3, p. 357.

Muchos de los problemas por los que atraviesan actualmente los países africanos están originados por las fronteras que los separan, líneas artificiales originadas en los intereses europeos y cuya máxima expresión fue la Conferencia de Berlín de 1885 que dividió el Continente entre las potencias del Viejo Mundo. La A. dice: "Las fronteras de las naciones emergentes fueron dibujadas, no de acuerdo a las afinidades políticas, culturales y lingüísticas de los africanos, sino por los accidentes de la historia europea". Es así, al alcanzar sucesiva y paulatinamente su independencia, los países africanos se vieron con fronteras totalmene reñidas con la historia, las razas y la tradición. Pese a ello "...el Panafricanismo, las varias conferencias africanas, el común interés en los movimientos de liberación de todos los pueblos africanos, el bloque en las Naciones Unidas, la Organización de la Unidad Africana —todas son expresiones de un sentimiento de identidad africana— basada en una experiencia común bajo el colonialismo y un común afán por la libertad y dignidad en el mundo moderno". Estas fuerzas, sean ellas políticas, económicas, sociales o literarias, son fuerzas convergentes que tratan de superar sus diferencias nacionales y la balcanización. Pero existen otras presiones, otras tradiciones, otras ideas, tanto o más poderosas; a éstas se dedica, aunque parcialmente, la A.

Esa misma división colonial a que hemos hecho mención, englobó en regiones políticas a tribus, clanes y razas de diverso origen, cultura, religión, lengua. De esos agrupamientos, hoy países independientes en su mayoría, el artículo se ocupa de Uganda; explica esta elección diciendo: "...Uganda no es 'típica' en un sentido sencillo, pero es, probablemente, no menor que cualquier otra región específica del Africa. Abarca una heterogénea característica de grupos étnicos. Sus pueblos hablan varias lenguas Bantúes, Sudanesas y Nilóticas. Hay pastores en el norte y el oeste, pescadores en los grandes lagos y granjeros que dependen de distintos alimentos —granos en algunas regiones, plátanos en otras—. Las presentes fronteras de Uganda incluyen los grandes reinos de Buganda, Bunyoro y Ankole, más un número de pequeños estados y una larga serie de pueblos no centralizados que no tienen ningún tipo de jefatura tribal. Estos son pueblos dispersos, con ningún posible sentido de atadura u obligación. Incluso, entre muchos de esos diferentes pueblos —tribus, si se prefiere— existía una activa situación bélica al tiempo de la intervención británica en la última parte del siglo diecinueve".

El párrafo transcripto es claro y ejemplificador. Da una idea acabada de los problemas que deben afrontar hoy día las naciones recién llegadas a la madurez política. Intereses tribales fuertemente arraigados, oponen a gru-

pos de un mismo origen pero sin conciencia de unidad. Incluso las nuevas religiones provocan las diferencias: "Hay otra *nueva* distinción cultural que juega un rol importante en la política de Uganda, la afiliación religiosa, particularmente entre los grupos católicos y protestantes". Los conflictos entre los adherentes de una y otra religión, así como la participación de los musulmanes en ellas, obligaron una vez restaurado el orden, a repartir zonas entre las diversas Iglesias para evitar sangrientos choques.

La A. toma dos de los principales problemas que afectaron y afectan la evolución institucional y política de Uganda. Uno de ellos es el planteado por el reino hereditario de Buganda, que ocupa la mayor y más rica parte del país y posee un alto grado de autonomía. En 1960 Gran Bretaña llamó a elecciones para integrar un Consejo Legislativo para todo el Protectorado con representación y participación nativas en el gobierno; medida ésta dictada como etapa previa a la independencia. Buganda rehusó participar en esta elección aduciendo, entre otras razones, su rechazo del sistema electoral directo que daba derecho al sufragio, incluso, a los "extranjeros" residentes en Buganda; extranjeros que no eran sino miembros de otras tribus de la colonia. El boicot tuvo éxito, pero se continuó adelante con la política dictada por el Colonial Office y el 11 de enero de 1961 el Lukiko —asamblea de Buganda— declaró a ésta fuera del Protectorado. Pese a ello los candidatos electos por el tres porciento de la población votante, ingresaron en la Legislatura. No queremos aprobar aquí el método utilizado y el proceso realizado en ésta, como en otras colonias inglesas —en la Legislatura la población africana estaba en minoría frente a blancos e hindúes— lo señalamos para explicar el sentimiento separatista que llevó a la formación de un partido político tribal —el Kabaka Yekka— mantenido como único representante de los intereses de Buganda.

El otro problema tomado como ejemplo en el artículo que nos ocupa, es el de la población Chiga. Estos pobladores no poseen el sentido de unidad de los Ganda —habitantes de Buganda— viven sencillamente en las colinas de la región sudoeste y su único sentido de identidad es un rechazo común a toda ingerencia extranjera. A tanto llega este sentido de independencia que no admiten la dominación de sus hermanos de raza y origen, guerreando continuamente entre ellos. Todo ésto trajo numerosas dificultades para hacerles adquirir sentido de nacionalidad, que recién ahora están consiguiendo, con los lógicos impedimentos que oponen tradición, cultura y adhesiones tribales.

La A. cree que la cultura tribal, la tradición, las antiguas lealtades son factores *dinámicos* en el presente, solamente en la medida que reflejan intereses comunes, valores conflictuales. Así lo creemos; la unidad africana, esa unidad por la que tanto luchan sus pueblos, se logrará sintetizando los viejos principios y las nuevas tendencias.

Alberto C. D'Alessandro

LINO ENRIQUE PALACIO Y AUGUSTO MARIO MORELLO: *Manual de Derecho Procesal Civil*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1965.

La publicación de esta obra constituye un valioso aporte que posibilita el conocimiento esquemático de las distintas instituciones que interesan al Derecho Procesal. Fundamentalmente satisface la preocupación informativa del estudiante que, dedicado a preparar la materia, tropezaba con la dificultad de no tener a su alcance un texto que le diera una base sólida de conocimientos y fuera a la vez accesible.

Resulta también de gran utilidad para el abogado, quien encontrará en él un precioso elemento de auxilio que le permitirá extraer, a través de una exposición sistemática, las tendencias modernas en torno a los problemas en que se halla comprometido el proceso. Todo esto se ve corroborado si se tiene en cuenta que se han incorporado reformas, que las citas jurisprudenciales están actualizadas, que no sólo se hace mención de los artículos del Código de Procedimientos de la Capital sino también de los artículos respectivos del Código de la Provincia de Buenos Aires; y que al comienzo de cada capítulo, el lector encontrará las referencias bibliográficas necesarias para ampliar o profundizar el tema.

La sencillez de estilo, claridad en los conceptos, orden expositivo y la conocida versación de los doctores Palacio y Morello en la materia, convierten a esta obra en una contribución de relevancia dentro de los fines enunciados por sus autores.

El primer tomo, que abarca la parte general de la materia, se divide en diez capítulos a través de los cuales Palacio analiza las instituciones fundamentales sobre las que gira el Derecho Procesal, su evolución histórica, sus fuentes, la jurisdicción, la acción, el proceso, la organización del Poder Judicial, etc.

El tomo segundo, escrito también por Palacio, está dedicado al proceso ordinario, su iniciación, demanda, defensa, excepciones, contestación de la demanda, allanamiento, reconvención, rebeldía, prueba, carga de la prueba, medios y clasificación de la misma, sentencia y otras formas de terminación de los procesos y por último los recursos y el procedimiento ante los Tribunales Superiores.

El tomo tercero está escrito por el Dr. Morello, en él se tratan los procesos especiales. En realidad su contenido es mucho más amplio porque el autor también se ocupa de las medidas cautelares, del proceso ejecutivo, de los incidentes, etc. La obra constituye una unidad, porque se sigue la misma línea y método que en los dos tomos anteriores, no apreciándose diferencias de estilo. El lector al pasar al tercer volumen no tendrá necesidad de una nueva adecuación al léxico y pensamiento del autor; la obra obedece a un esfuerzo coordinado que permite entrever una notable compenetración científica entre sus autores.

Se ocupa también Morello de la ejecución de sentencia, juicio ejecutivo, ejecuciones aceleradas, medidas cautelares e incidentes, procesos especiales y sumarios, procesos universales, de la profesión de abogado, régimen legal de la abogacía, retribución, régimen de previsión para abogados y procuradores y por último de la responsabilidad del abogado.

A modo de síntesis sobre el contenido de la obra, sigamos a Palacio en el de-

sarrollo que hace de las distintas teorías que tratan de determinar la naturaleza jurídica de la acción.

Cuestión ésta por demás controvertida, plantea una serie de problemas como por ejemplo el de establecer las relaciones que existen entre la acción y el derecho sustancial, el de precisar qué papel juega el Estado frente a la acción, dilucidar quien es el sujeto pasivo de ella, etc.

Así, el autor, se refiere en primer término a la concepción de la escuela clásica, que considera a la acción como una potestad inherente al derecho; potestad de reaccionar contra su violación. La acción, para ella, no es más que un elemento o una simple propiedad del derecho subjetivo sustancial, pero no un derecho autónomo.

Luego, hace referencia a las doctrinas que tuvieron su origen en la célebre polémica entre Windscheid y Muther. El primero sostuvo que ante la violación de un derecho nace una "pretensión" (anspruch) contra el autor de esa violación; siendo la acción en definitiva, una pretensión hecha valer en juicio. En cambio, para Muther, la acción es un derecho público subjetivo, que se ejerce contra el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales, a fin de que preste al interesado la tutela jurídica reclamada. El Estado tiene el deber de prestarla y el derecho de utilizar los medios coactivos necesarios para que el obligado cumpla la prestación. En la misma línea de Muther está Wach, quien también consideró a la acción como un derecho concreto a la tutela jurídica.

Ante de Wach, aparece el primer expositor de la teoría abstracta de la acción: Degenkolb, quien enunció la tesis de la acción como un derecho abstracto de obrar. La acción es una potestad que corresponde a todo ciudadano, que preexiste a la demanda judicial y que se ejercita mediante ésta; no siendo necesario que quien la ejerza sea el efectivo titular de un derecho subjetivo sustancial, aunque sí debe invocar una efectiva voluntad abstracta de la ley. Ante las críticas que se le formularon, modificó su teoría original y sostuvo que la acción correspondía a quien se creyera sinceramente asistido de razón; más tarde llegó a considerarla como la potestad de obtener un éxito favorable en juicio.

Continuadores de Degenkolb son Rocco, Carnelutti, Zanzucchi y en América, Couture. Conciben a la acción como el derecho que corresponde a todos los ciudadanos para reclamar de los órganos jurisdiccionales la actividad que les es propia con prescindencia de que sean o no titulares de un efectivo derecho subjetivo. Carnelutti la considera como un derecho público subjetivo, procesal y particularmente como un derecho cívico. Para Couture la acción constituye una de las modalidades del derecho constitucional de petición ante las autoridades, petición ante los órganos del poder Judicial .

Una variante dentro de la concepción del derecho concreto a la tutela la jurídica —continúa Palacio— está dada por la teoría de Chiovenda, quien parte de la noción de derechos potestativos; es decir aquéllos en los que el titular mediante una manifestación de voluntad influye en la condición jurídica de un tercero, sin que ese tercero se encuentre obligado a ninguna prestación, sino que queda en un estado de "sujeción" al no poder sustraerse al efecto jurídico producido (por ejem-

plo el derecho de un cónyuge a pedir la separación). La acción es uno de esos derechos potestativos. Como los órganos jurisdiccionales no actúan de oficio, es necesario que se cumpla una condición: la manifestación de voluntad del particular en ese sentido. La acción es el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley, que engendra un estado de sujeción al efecto jurídico a que ella tiende. ¿Qué relación hay entre el derecho subjetivo y la acción? En opinión de Chiovenda la acción es un derecho autónomo que coincide en el derecho subjetivo en la medida en que ambos se apoyan en la misma voluntad de la ley; pero mientras el derecho subjetivo tiende a conseguir un bien determinado mediante la prestación, la acción lo hace por todos los medios posibles. Ambos constituyen derechos subjetivos concurrentes. Finalmente y Colocándose frente a Wach, considera que la acción es un derecho que se ejerce contra el adversario a través del Estado y no un derecho contra el Estado.

Del balance de todas estas teorías, extrae Palacio sus conclusiones: No considera jurídicamente admisible escindir en forma total la acción y el derecho sustancial, ya que si bien la acción es un fenómeno jurídico que no puede concebirse fuera del proceso, no se puede prescindir del hecho que las normas materiales son las que conceden las acciones, fijan las condiciones de su admisibilidad y procedencia.

Descarta la teoría que concibe la acción como un derecho abstracto de obrar porque llevaría a la conclusión inadmisible de que hay acción en aquellos supuestos en los que el ordenamient jurídico la excluye expresamente. De admitirse esta teoría, se llegaría al absurdo de afirmar que la acción es el derecho a que un órgano jurisdiccional declare que el derecho de acción no existe. En cuanto a la concepción concreta, recuerda Palacio las objeciones que le han hecho, especialmente la que el derecho a una sentencia favorable recién nacería al término del proceso y resulta, entonces, imposible afirmar con anterioridad a la sentencia que existe el derecho de acción.

Queda pues, el problema de calificar la actividad desarrollada hasta la sentencia, actividad humana que surge con motivo del proceso y que reconoce su fundamento en el derecho a la jurisdicción que no hay por qué identificarlo con la acción. Considera, Palacio, a la acción no como un derecho sino como una actividad que comienza con la demanda, se va desarrollando a lo largo del proceso por medio del cumplimiento de los distintos actos procesales y que se configura o consolida, como acción cuando una sentencia la declara fundada. La acción es la actividad procesal exitosa. Con anterioridad al pronunciamiento del juez no es posible verificar la existencia de la acción, habrá expectativa o "posibilidad", pero no acción.

E. D. V.

RAFAEL OLARRA JIMENEZ. *El dinero y las Estructuras Monetarias.* Ed. Aguilar. 1965. 328 págs.

En esta obra se describe el dinero y los sistemas monetarios a la luz de las modernas ideas al respecto. En un volumen de 320 páginas el tema se presen.a en una descripción completa y sistemática como resultado de un gran esfuerzo de síntesis. Aspectos tales como la creación y la extinción del dinero escritural a través del sistema bancario o a través del Estado, los planes de reforma bancaria, el control de cambios, la función monetaria del oro, el déficit en la balanza de pagos norteamericana y su influencia sobre el sistema monetario internacional, el mercado londinense del eurodólar, los proyectos de creación de una unidad monetaria internacional y otros de gran actualidad que, por ejemplo, permiten al lector formarse su propio juicio sobre el reciente ataque de De Gaulle a la hegemonía mundial del dólar, se articulan en una construcción rigurosamente científica cuya columna vertebral es la teoría del dinero como norma jurídica.

Sin ser una obra de "tesis" contiene sí una teoría personal del autor que sirve de nexo a todo el libro y donde los aspectos descriptivos encuentran fundamento y explicación.

El dinero aparece aquí como un derecho que surge de normas relativas a la distribución de los bienes en la sociedad. No es sino la forma de expresión de toda una serie de costumbres jurídicas y de leyes, referidas a la idea de una inexistente unidad monetaria, que hacen posible la distribución de los productos en una economía moderna. El dinero es el resultado de la vigencia de ciertas normas jurídicas que componen la estructura monetaria. "El dinero físico ha sido reemplazado por el dinero jurídico"

La moneda real, dice el autor, ha sido sustituida por una moneda signo. ¿Signo de qué? De un derecho. El dinero actual, en esta concepción, no es una cosa sino un derecho.

Ahora bien. ¿En qué consiste ese derecho? Si indagamos por la naturaleza del mismo nos encontramos, naturalmente, con que no tiene un lugar en el mundo real. No pertenece ni al espacio ni al tiempo. Pero eso ocurre con todos los derechos subjetivos. Lo que existe, concluye, es una estructura jurídica que necesita de una unidad imaginaria para contabilizar los valores económicos y de la idea de un dinero-derecho para promover la adhesión al sistema.

La Nueva Teoría Jurídica del dinero no se basa en los billetes y monedas a las que considera en una relación con el dinero como la que existe entre el título y el derecho, en los títulos circulatorios.

Olarra estudia sistemáticamente las conductas humanas respecto al dinero y descubre toda una estructura jurídica formada por normas consuetudinarias unas y legisladas otras. El aparato conceptual kelseniano y el método de análisis de Alf Ross y de Olivecrona son utilizados con gran eficacia por el autor que ilumina el campo de la economía con el foco poderoso que encendieron estos justifilósofos.

También resulta muy personal su exposición de la Teoría Económica del Dinero donde en torno al tema misterioso y apasionante de "Dinero y Tiempo" critica agudamente algunos aspectos de la gran construcción keyseniana.

Carlos Moyano Llerena, en su prólo-

go a la obra destaca dos contribuciones del libro: la aclaración, que Moyano califica de definitiva, respecto a la inmaterialidad del dinero, y la interpretación jurídica del hecho monetario.

Otra originalidad importante de este trabajo estriba en que aborda simultáneamente los aspectos jurídicos y los económicos e históricos del dinero. Se consigue así el superar la dicotomía habitual entre la faz económica y la jurídica del dinero. Leemos en el Prefacio: "El dinero, bifronte como Janos, los economistas contemplan una cara, los juristas la otra. Los dos bandos se ignoran olímpicamente. Así se ha ido creando un concepto económico del dinero, amplio, y otro jurídico, restringido. En rigor, dos concepciones totalmente divergentes. Se nos habla de funciones distintas, en realidad de (cosas distintas)".

Pero. ¿Cómo puede una misma operación resultar dos cosas diferentes según la contemple un economista o un jurista? El nacimiento de un crédito o su cancelación constituyen situaciones que podrán, sí, examinarse desde diversos ángulos, pero no cabe el sostener seriamente que se transforme en cosas distintas según sean objeto de la atención de unos o de otros.

Los economistas utilizan varias definiciones del dinero según los propósitos perseguidos, pero ninguna de ellas se parece al dinero de los juristas. Respecto a éste ocurre algo francamente increible. El dinero legal no incluye la parte más importante de los medios de pago de una comunidad evolucinada!

Creemos que el enfoque del dinero como norma nacida de la estructura jurídica monetaria, le restituye la unidad que había perdido por motivos metodológicos

Alberto Diego

MARCOS VÍCTOR DURRUTY - *Impresor*

Rivadavia 1159 - Buenos Aires

Noviembre de 1966

Dirección y Administración: DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES - Av. Figueroa Alcorta 2263 - BUENOS AIRES
REPÚBLICA ARGENTINA