

lecciones Y ENSAYOS

18

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Buenos Aires, 1950

1

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.

Reanuda la publicación de la REVISTA JURIDICA DE NUESTROS DIAS, como un elemento de trabajo para los hombres de estudio, profesores, abogados, magistrados, agrónomos y extranjeros, que sólo así realízase una vinculación respecto a la labor científica del profesor y al alumno.

También consideramos necesario que los alumnos se conozcan entre sí y tengan una tribuna donde exhibirse en el ámbito 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 concorra 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 un paso por la Facultad sea un momento estéril y vacío solamente, marcado sólo por sus propios problemas.

Enseñamos una Dirección a crear LECCIONES Y ERRADES. Lecciones de los profesores y de los juristas que dirigen al alumno de derecho. Ensayos de los estudiantes con valor para sus competencias y nuestro mundo jurídico local.

Por sus entregas a los estudiantes la efectiva dirección de esta publicación, facilitándoles la colaboración de profesores bajo la responsabilidad de la propia Facultad y abarcándoles el tratamiento editorial de cubrir gastos.

LECCIONES Y ERRADES en nombre de los alumnos —estudiantes bien, de todos los alumnos—, dirigida y escrita en parte por ellos, es la prueba definitiva de nuestra profunda fe en la juventud universitariaria argentina.

Ignacio Winisky
(LECCIONES Y ERRADES, Nº 1)

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO

Dr. Francisco F. Laguarda

VICEDECANO

Dr. Guillermo Alzamora

CONSEJO DIRECTIVO

Consejeros titulares: Dr. Marcos A. Rivolta, Dr. Julio Basson, Dr. Aquiles H. Guaglianone, Dr. Isidoro Ruiz Morones, Dr. José M. López Olachegui, Dr. Ambrosio L. Gioja, Dr. Manuel M. Díez.

Consejeros suplentes: Dr. Enrique Díaz de Gálvez, Dr. Rodolfo Martínez, Dr. Carlos Sánchez Viamonte.

Egresados

Consejeros titulares: Dr. Roberto S. Pastiglione, Dr. Francisco E. Trusso, Dr. Eduardo A. Roca, Dr. Dionisio Vogogna.

Consejeros suplentes: Dr. Antonio D. Varela, Dr. Guillermo O'Donnell, Dr. Juan A. Gregorini, Dr. Jorge A. Barquet.

Alumnos

Consejeros titulares: Sr. Jorge A. Godano, Sr. Roberto J. Quinto, Sr. Juan J. A. Avila, Sr. Juan A. Sangiacomo.

Consejeros suplentes: Sr. Eduardo A. Barusso, Sr. Alberto L. Iriar, Sr. Arnaldo Klainer, Sr. Enrique J. Bellagamba.

LECCIONES Y ENSAYOS

1960

Nº. 18

Pág.

ESTUDIOS

JOSÉ F. BIDAU: Filiación legítima y acciones de estado vinculadas con ella en el Código Civil argentino	7
RODOLFO A. GONZÁLEZ LEBRERO: Psicociencias jurídicas de la explotación de lagos atómicos	19
EDMUNDO GATTI: Abuso del derecho. Síntesis y conclusiones de un análisis jurisprudencial	35

NOTAS Y COMENTARIOS

JORGE JUAN FERNÁNDEZ: Los trabajos de la navegación austral. (Gente de mar: contrato de ajuste)	51
CARLOS A. R. LAGOMARSINO: Libertad de cultos y ley de adaptación	95

ENSAYOS

LUIS PONTERRADA (h.): El "derecho de impresión" de los accionistas en los Estados Unidos	101
--	-----

TEXTOS

NORMAS DE ÉTICA PROFESIONAL Y NORMAS DE ÉTICA JUDICIAL SANCCIONADAS POR LA AMERICAN BAR ASSOCIATION:	
1. Normas de ética profesional	117

ESCRITOS JUDICIALES

JULIO I. LEZANA: Recurso de queja ante la Corte Suprema por denegación de recurso extraordinario	117
--	-----

UNIVERSITARIAS

GUILLERMO L. ALLENDE: Un programa analítico de Derechos Reales y su bibliografía	149
--	-----

LIBROS Y REVISTAS

Notas de: Norma G. Sabía, Ignacio Crego, Pablo A. Horvath, Carlos A. R. Lagomarsino, Carlos López Castro y Enrique S. Petracchi.	155
---	-----

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES:
Doctor Ignacio Winicky

CONSEJO DE PROFESORES

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

CONSEJO DE REDACCION

Director: Teófilo MejíaLizay

Subdirectores: María E. Angulo

Secretaría de Redacción: Pablo A. Horvath

Secretarías adjuntas: Aurora S. Frates y Norma G. Sabía

*Redactores: Héctor A. Maizel, Luis Poncebarrada (h.), Enrique S. Poncebarrada,
Leopoldo H. Schilitrin, Jorge C. Servozzi Reeves*

Redactores suplentes: Leopoldo Magallanes y Ana R. Cunir

Hecho el depósito que dispone la ley Nº 11.725
La responsabilidad por las ideas expresadas en los trabajos contenidos en esta revista
pertenece exclusivamente a sus autores.

ESTUDIOS



100

FILIACION LEGITIMA Y ACCIONES DE ESTADO VINCULADAS CON ELLA EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO

Por

JOSE F. BIDAU

Profesor Titular Interino de Derecho Civil V

El fracaso casi general de los alumnos que rinden examen de Derecho Civil V Curso, cuando eligen el tema del rubro, me inclina a publicar este trabajo, que no tiene más destinatario que dicho alumnado, pues tal fracaso demostraría que el tema presenta dificultades para su comprensión y sistematización, a pesar de su aparente simplicidad.

1. *Concepto de filiación legítima.* — Según el art. 359 del Código Civil, mal ubicado en el capítulo referente al parentesco por consanguinidad, "son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio válido o putativo de su padre o madre, y también los legítimos por subsiguiente matrimonio del padre y madre posterior a la concepción". El art. 248, bien ubicado en el título relativo a los hijos legítimos, dice que son tales "los nacidos después de ciento ochenta días desde la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos siguientes a su disolución...".

De ambas definiciones y el juego de las presunciones legales a que más adelante aludiré, surge, pues, que es hijo legítimo el que, conforme a dichas presunciones, resulta concebido durante el matrimonio, por supuesto que válido, de sus padres, sin perjuicio de las reglas aplicables al putativo, es decir cuando uno o ambos cónyuges son de buena fé, a pesar de no ser válido el matrimonio.

Se presenta en doctrina la duda sobre el carácter del hijo nacido durante el matrimonio, pero concebido antes, es decir el que nace dentro de los ciento ochenta días que siguen al de la celebración del matrimonio. Conforme a las definiciones expuestas, no puede ser considerado legítimo, aunque el padre no intenta la acción de desconocimiento de su paternidad dentro de los sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto, que le acuerda el art. 254. Sería, pues, en mi concepto, hijo legitimado, siempre, claro está, que sus padres, en el momento de la concepción, hubieran podido casarse legalmente, conforme a la regla sentada por el art. 311, que no ha sido derogado por la ley 14.367, según la

jurisprudencia hasta ahora imperante. Quiere decir que si, en ese momento, el padre estaba afectado por el impedimento de ligamen, en razón de hallarse casado con una mujer que no era la madre, aunque hubiera luego contraído legalmente matrimonio con esta última, antes del nacimiento del hijo ya concebido, lo que ocurriría por haber fallecido su anterior esposa, el hijo no quedaría legitimado y sería adulterino.

Creo que esa conclusión deriva, no solamente de las definiciones legales ya referidas, sino del art. 322, según el cual "la denegación de la paternidad no obstará a la legitimación de los hijos concebidos antes del matrimonio, y nacidos después, si el marido antes del casamiento supo el embarazo de su esposa, o si por cualquier otro modo reconoció expresamente por suyo el hijo que la mujer diera a luz, sea antes o después del nacimiento". Es verdad que el art. 253, que sienta análoga regla, habla de la legitimidad del hijo; pero ello debe entenderse en el sentido de legitimación, porque es más acorde con las aludidas definiciones y así resulta del art. 322. Recuérdese que, al hablar el art. 359 de los hijos legítimos, se refiere también a los ilegítimos, a quienes incluye en la definición.

No puede decirse que la cuestión carece de interés práctico, porque, a pesar de la equiparación entre ambas clases de hijos que resulta del art. 319, la misma sólo tiene lugar "desde el día de la celebración del matrimonio", como dice el mismo artículo. Quiere decir que el hijo legítimo es tal desde el momento de su concepción en el seno materno y el legitimado desde el de la celebración del matrimonio por sus padres. De manera que si, antes de esta última fecha, se abriera una sucesión en la que tuviera vocación el hijo legítimo y no el natural, el entonces concebido no heredaría; en cambio sí tendría ese derecho en el caso de considerarse legítimo a tal hijo, concebido antes del matrimonio. Admito que es difícil que esa situación se presente, pero ello puede ocurrir; por ejemplo, si el padre fuera declarado indigno en la sucesión de su padre natural, en cuyo caso el concebido a que nos estamos refiriendo sería nieto natural del causante y carecería de vocación hereditaria, según el art. 3582, tal como quedó aclarado por la ley 14.024. En cambio, si se lo considerara legítimo tendría tal vocación. Lo mismo ocurriría si la indignidad del padre se produjera con relación a un hijo legítimo de anterior matrimonio, al que tampoco podría heredar el concebido, su hermano natural, aunque no existieran otros herederos más próximos, por aplicación del mismo art. 3582.

2. Presunciones legales sobre la concepción. — Para completar el concepto de la filiación legítima, la ley sienta una serie de presunciones con respecto a la época de la concepción, las cuales no admiten prueba en contra (art. 244). En primer lugar, el art. 77 del Título sobre las personas por nacer dice que "el maximum de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el

mínimum de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario". Conforme a esa regla, el art. 240 dice: "La ley supone concebidos durante el matrimonio, los hijos que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre, y los póstumos que nacieren dentro de trescientos días contados desde el día que el matrimonio válido o putativo fué disuelto por muerte del marido, o porque fuese anulado." Claro está que en este último caso no tienen por qué ser póstumos.

Para ser considerado legítimo debe, pues, el hijo nacer después de ciento ochenta días contados desde la fecha del casamiento, excluido el del nacimiento, lo que significa que el plazo puede extenderse a ciento ochenta y un días, seguramente para colocarse la ley en favor de la legitimidad. Y en caso de muerte del marido o nulidad, dentro de los trescientos días del deceso o de dictada la sentencia definitiva que declara la nulidad. Aquí la ley no excluye la fecha del nacimiento, puesto que exige que nazca el hijo dentro de los trescientos días.

El Código contempla en seguida el caso de la viuda que contrae nuevas nupcias antes de transcurrido el plazo de trescientos días desde la disolución o nulidad del matrimonio, dentro del cual le está prohibido el nuevo casamiento y dice: "Si disuelto o anulado el matrimonio, la madre contrajere otro en el plazo prohibido por el art. 236 (83 ley de matrimonio), el hijo que naciere antes de los ciento ochenta días del segundo matrimonio, se presume concebido en el primero, siempre que naciere dentro de los trescientos días de disuelto o anulado el primer matrimonio" (art. 241) y el artículo siguiente: 242 agrega: "Se presume concebido en el segundo matrimonio el hijo que naciere después de los ciento ochenta días posteriores a la disolución del primer matrimonio." Estas dos últimas presunciones tampoco admiten prueba en contra (art. 244). Desde que el segundo matrimonio contraído antes de los diez meses de disuelto o anulado el primero es perfectamente válido, la ley ha debido resolver el asunto en una forma definitiva, que no dé lugar a pleitos: si el hijo nace antes de los ciento ochenta días desde la celebración del segundo casamiento, no puede ser legítimo de los cónyuges de éste y, por lo tanto, decide que es legítimo del primero. Si nace después de los ciento ochenta días, a pesar de que puede ser hijo de cualquiera de los dos matrimonios, la ley se decide por el segundo, quizá con el propósito de dar al hijo un padre vivo.

Creo que, en el momento actual, las reglas de los arts. 241 y 242 se aplicarían también al caso de la mujer del ausente con presunción de fallecimiento que, en la situación del art. 23, inc. 2º de la ley 14.394, es decir cuando hubiera desaparecido el ausente hallándose en una nave o aeronave perdida, contrajera matrimonio antes de transcurridos trescientos días desde la ausencia de hecho

del desaparecido, si un hijo naciera durante ese lapso. La situación es posible porque la declaración puede pedirse a los seis meses del siniestro y la mujer, precindiendo de la prohibición del art. 83 de la ley de matrimonio, casarse en seguida (art. 31 misma ley 14.394).

Las aludidas presunciones se mantienen, a pesar de las declaraciones que en sentido contrario pudieran hacer la madre y un tercero que dijera ser el padre. Así lo dice el art. 243: "El hijo nacido dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio de la madre se presume concebido durante el matrimonio de ella, aun cuando la madre u otro que se diga su padre, lo reconozcan por hijo natural." Esa disposición se completa con la del art. 255: "Cualquier declaración o confesión de la madre, afirmando o negando la paternidad del marido, no hará prueba alguna."

3. Clasificación de los acciones de estado vinculadas con la filiación legítima. — Siguiendo el orden del Código, dichas acciones son cuatro: a) Desconocimiento de la paternidad por el propio padre u otros interesados, que, para mayor claridad en la exposición, podemos dividir en desconocimiento simple y riguroso; b) desconocimiento de la legitimidad; c) reclamación de la filiación por el hijo y, a veces, por sus herederos y descendientes; y d) desconocimiento de la maternidad.

4. Acción de desconocimiento de la paternidad. — Al lado de las presunciones *juris et de jure* sobre la concepción, la ley sienta otra, pero que admite prueba en contra. Según el art. 245, "la ley presume que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido". De manera que si éste o sus herederos y aún otros interesados sostienen que no existe tal paternidad, tienen necesidad de probarlo. Y de allí nacen los distintos casos, que contemplaremos separadamente.

I — Dijimos que existen casos de desconocimiento simple, los que se presentan cuando el nacimiento no se produjo dentro de los plazos legales.

a) El primero de estos casos ocurre cuando el hijo nace antes de los ciento ochenta días contados desde la fecha del casamiento. Le basta al padre con hacer cotejar las fechas de nacimiento y la del matrimonio, para que la presunción quede destruida; pero siempre que no se presenten situaciones que demuestren que, a pesar de ello, el padre es el marido. Es lo que dice el art. 253: "El marido no podrá desconocer la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa y si constató en que se diera al hijo su apellido en la partida de nacimiento, o que de otro modo hubiera reconocido tácita o expresamente por suyo el hijo de su mujer." Ya vimos que el art. 322 sienta la misma

regla, aunque sólo se refiera al reconocimiento expreso y dijimos que ese hijo no debe considerarse legítimo, sino legitimado.

No se trata de desconocer la legitimidad, como erróneamente dice el art. 253, sino la paternidad presumida por el art. 245. Veremos que en análogo error de terminología incurre el código en otras disposiciones del mismo título. La acción sólo puede ser iniciada por el padre, aunque fallecido él, podrían continuarla sus herederos. Así lo dice el art. 258: "Los herederos del marido no podrán contradecir la legitimidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando él no hubiera comenzado la demanda." Se trata de un hecho del solo conocimiento íntimo del propio marido y por ello mal puede permitirse que inicien la acción los herederos. Insistimos en que también aquí debió la ley hablar de desconocimiento de la paternidad y no de la legitimidad.

b) El segundo de los casos de desconocimiento simple tiene lugar en la hipótesis prevista en el art. 250: "En caso de divorcio, si la mujer, después de su separación definitiva o provisoria, tuviere algún hijo nacido después de los trescientos días desde aquel en que la separación se realizó de hecho, el marido o sus herederos tienen derecho a negar la paternidad, a menos que se probare que hubo reconciliación entre los esposos. Estas disposiciones se extienden al caso de separación provisoria de los cónyuges, por motivo de acción de nulidad de matrimonio." Aquí se coloca la ley en el supuesto que, intentada acción de divorcio o nulidad de matrimonio, el Juez hubiera decretado la separación de los esposos, ya sea en forma definitiva en la sentencia o, al iniciarse el juicio (art. 68 ley de Matrimonio), en forma provisoria y, además, que de hecho esa separación hubiera tenido lugar. Si nace un hijo después de trescientos días contados desde ésta, el marido y los herederos, si aquí hubiera muerto, antes de caducar su acción, pueden impugnar también la paternidad y será la mujer o quien sostenga esta última que deberán probar que en el interin medió reconciliación.

c) Creo que animismo cabe dentro de los casos de desconocimiento simple el de ausencia del marido con presunción de fallecimiento. Dice al respecto el art. 251: "Declarado el fallecimiento presunto del marido ausente, si la mujer durante la ausencia tuviere algún hijo nacido después de los trescientos días, desde el primer día de la ausencia, los herederos presuntivos del marido pueden intentar contra el hijo una acción negativa de la paternidad, si la madre está en posesión provisoria o definitiva de los bienes, o para excluirla, si ella pretende obtenerlos." A los herederos les bastará probar la fecha en que comenzó la ausencia y partir de allí para contar los trescientos días. Si el hijo nace después de ellos, el ausente no puede, en principio, ser el padre, a

menos que se compruebe su reaparición; de manera que interesa a los herederos excluirla de una sucesión que no le pertenece. Es, pues, la posesión del hijo la que interesa impedir y no la de la madre, que puede, a pesar de todo, tener perfecto derecho a la herencia. La ley ha querido, seguramente, referirse a la posesión que ella toma o pretende para el hijo.

II — Los casos de desconocimiento riguroso son:

a) Cuando se prueba "que había sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento" (art. 246), porque entonces es evidente que el hijo no es del marido, puesto que no tuvo contacto con la mujer dentro del plazo mínimo de gestación que, según la ley (art. 77), es de ciento ochenta días. Ello ocurriría por hallarse el esposo ausente durante ese período o por haber estado preso durante él o si se probara su impotencia posterior al matrimonio en el mismo lapso.

b) Cuando se prueba el adulterio de la mujer y su ocultación del parto, en cuyo caso se admite al marido producir todos los medios de prueba tendientes a demostrar que no es el padre. Es lo que dice el art. 252: "El marido no puede desconocer al hijo, dando por causa el adulterio de la mujer, o su impotencia anterior al matrimonio. Pero si, a más del adulterio de la mujer, el parto le fuese ocultado, el marido podrá probar todos los hechos que justifiquen el desconocimiento del hijo." La ley no admite invocar la impotencia anterior al matrimonio, que podría dar lugar al pedido de nulidad de éste por parte del otro cónyuge, para impugnar la paternidad porque el marido estaría invocando la propia torpeza, al casarse sabiendo que no era apto para cumplir los fines del matrimonio. Quiere decir que podría invocar la posterior a éste, como se dice en el párrafo anterior.

En cuanto al adulterio, aunque se probara, no sería bastante para descartar la paternidad del marido, porque el hijo podría ser suyo. Pero, cuando además la mujer oculta el parto, su conducta está demostrando que sabe que el hijo no es del marido y por eso procede en esa forma. De manera que, acreditados esos dos extremos, si bien no queda descartada la paternidad del esposo, es muy probable que ella no exista y, por tanto, se admite al mismo producir la prueba de todos los hechos demostrativos de su no paternidad.

Si bien la ley se refiere solamente a la ocultación del parto, tendría igual consecuencia la del embarazo, puesto que en ese caso la conducta de la esposa llevaría a iguales conclusiones. La situación podría producirse en caso de divorcio. Según el art. 249, "la mujer recién divorciada, que se creyera embarazada, debe denunciarlo al juez o al marido, en el término de treinta días desde su separación; y éste podrá pedir las diligencias necesarias para ase-

gularse también de que el parto es efectivo, y ha tenido lugar en el tiempo necesario para que el hijo deba ser reputado legítimo". De manera que el incumplimiento de ese anuncio podría tomarse como una ocultación que permitiera al marido la prueba de paternidad ajena. Igual cosa se produciría, en caso de muerte del marido, si la mujer no hiciera análogo anuncio a los que le heredarían en caso de no existir el hijo (art. 247).

5. *Caducidad y ejercicio de estas acciones.* — Dice el art. 256 que, "mientras viva el marido, nadie sino él podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio". Vuelve a emplearse la palabra legitimidad, en lugar de paternidad.

De manera que, estando vivo el esposo, sólo él puede impugnar la paternidad presumida por la ley. Ya dijimos que si él no intentó en vida el desconocimiento del nacido dentro de los primeros ciento ochenta días del casamiento, aunque se tratara de un hijo póstumo, o sea nacido después de muerto el padre presunto (art. 258), nadie podría impugnar la paternidad.

Pero en todos los demás casos, "si el marido ha muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, sus herederos y cualquier persona que tenga interés actual en ella, tendrán dos meses para interponer la demanda". Termina el artículo diciendo que "no hay lugar a la demanda cuando el padre hubiese reconocido al hijo en su testamento, o en otra forma pública". Ello demuestra que, en principio, se trata de una acción personalísima y que el verdadero juez sobre la conveniencia o no de intentarla es el padre. Sólo en caso de que él fallezca durante el corto plazo que le acuerda el art. 254, que es de sesenta días, sin haberla intentado, la ley reconoce a los herederos y demás personas interesadas el derecho a iniciar la acción, sin perjuicio de que, en todos los casos, puedan continuar la que inició el marido (art. 256 primera parte).

Resulta de lo expuesto que la acción corresponderá a los herederos en los siguientes casos: a) nacimiento del hijo después de los trescientos días de la separación decretada por el Juez, en los casos de mediar juicios de divorcio o nulidad de matrimonio (art. 250); b) nacimiento después de trescientos días posteriores al primer día de ausencia, cuando ésta es con presunción de fallecimiento y siempre que se obtenga o pretenda la posesión de los bienes del ausente para el hijo (art. 251); c) imposibilidad de acceso del marido en el plazo mínimo de gestación (art. 246); d) adulterio y ocultación de parto o embarazo (art. 252); e) hijo póstumo nacido después de los 300 días posteriores al fallecimiento del marido. En los casos señalados con las letras a), c) y d), sólo ocurrirá siempre que el marido haya fallecido antes de transcurridos sesenta días desde que tuvo conocimiento del parto (art. 254).

El Código acuerda la acción, no sólo a los herederos del marido, sino a toda persona que tenga un interés actual; de manera que se extiende con exageración el número de los que pueden im-

pugnar la paternidad, a pesar de que el interés discutido debe ser más moral que material. De ahí que la legislación y doctrina modernas tiendan a circunscribirla a ascendientes y descendientes. Pero, dentro del régimen actual, podría cualquier persona con interés pecuniario solamente hacer valer la impugnación de paternidad; por ejemplo, el donatario que se benefició con una donación inoficiosa y aún el legatario a quien se exige reducir su legado, si en esa forma eliminan a un heredero forzoso. Por ello, Biblioni ha proyectado la reforma, reduciendo a los ascendientes el derecho a ejercer tal acción, además de los herederos, que continúan la persona del marido (ver arts. 246 y 247 Proyecto 1936).

Entre los herederos no puede incluirse a la cónyuge, porque ello equivaldría a permitirle invocar su propia torpeza.

En cuanto a la caducidad de la acción, ella se produce cuando el marido deja pasar el plazo de sesenta días desde que conoció el parto, que establece el art. 254. De manera que si fallece después de ese plazo, los herederos y demás interesados no tienen acción porque ella había caducado ya en vida del marido. Así resulta expresamente del art. 4043, según el cual "se prescribe igualmente por dos meses, la acción de los herederos del marido para reclamar contra la legitimidad del hijo, cuando el marido hubiese muerto sin hacerlo en el tiempo que dispone el artículo anterior" y éste dice que "se prescribe por dos meses, la acción del marido para reclamar contra la legitimidad del hijo concebido o dado a luz por su mujer durante el matrimonio". Este último supuesto es el del hijo que nace dentro de los primeros ciento ochenta días que siguieron al matrimonio.

También ocurre la caducidad si los herederos y demás interesados no accionan, cuando pueden hacerlo, dentro de igual plazo de sesenta días, que corren "desde que el hijo hubiese entrado en posesión de los bienes del marido" (art. 258). No habla el código de posesión de la herencia, sino de la de los bienes del marido; de manera que, sin perjuicio de poder intentarse la acción desde el fallecimiento, el plazo de caducidad se puede alargar mucho, puesto que recién empieza a correr desde el momento en que el hijo es, en alguna forma, puesto en posesión de los bienes del presunto padre.

Por último, caduca también la acción "cuando el padre hubiese reconocido al hijo en su testamento, o en otra forma pública". Dado el carácter personalísimo de las relaciones conyugales, prevalece la conducta del padre sobre cualquier interés de herederos y demás personas a quienes la ley acuerda la acción.

6. *Acción de desconocimiento de la legitimidad.*— En este caso, no se discute que se trate de un hijo de determinada pareja, sino que se aduce que no reviste carácter de legítimo. Es lo que resulta del art. 257: "Pero la legitimidad del hijo puede ser contestada por no haber habido matrimonio entre su padre y su madre,

o por ser nulo o haberse anulado el matrimonio, o por no ser concebido el hijo durante el matrimonio.”

Es decir que el primer supuesto contemplado es el de la ausencia o inexistencia de matrimonio. Esta situación se produciría, por ejemplo, cuando existiendo acta de matrimonio de los padres, pudiera demostrarse que no emana del verdadero oficial público que debió casarlos, sino que se hizo pasar por tal cualquier tercero. De acuerdo con el art. 14 de la ley 2393 ese matrimonio no existe y se diferencia del matrimonio nulo en que éste puede producir los efectos del putativo y aquél no.

El segundo es el del matrimonio nulo. Claro está que en ese caso se prevía la declaración de nulidad, que sólo podrán demandar las personas a quienes la ley autoriza para ello y no cualquier otra.

El tercer supuesto es el del hijo que no fue concebido durante el matrimonio, es decir si se comprueba que nació dentro de los primeros ciento ochenta días desde su celebración, en cuyo caso podría ser hijo adulterino o legítimado, según ya explicamos, en lugar de legítimo, aunque este último carácter resultara de las partidas, en el caso de comprobarse falsedad de alguna de ellas en cuanto a las fechas. En lo que se refiere al caso del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución o nulidad del matrimonio, la sola comprobación de fechas resultante de las partidas será suficiente para no considerarlo legítimo; de manera que la acción sólo procedería cuando se tratara de obtener la declaración de falsedad de la partida, en cuanto a la fecha que ella fija para el nacimiento, si la misma no fuera exacta.

Esta acción puede entablarse en cualquier momento por todo el que demuestre interés legítimo en obtener la declaración del verdadero estado de familia, incluso el Ministerio Público, en defensa de los intereses generales. Y es imprescriptible, conforme al artículo 262.

T. Acción de reclamación de la filiación legítima. — Está reglamentada por el art. 259: “Los hijos pueden reclamar su filiación legítima cuando sean desconocidos por los padres. Esta acción es imprescriptible. Los herederos y descendientes podrán continuar la acción instada por ellos, o entablarla cuando el hijo desconocido por los padres hubiese muerto en la menor edad.”

Se trata del reclamo de su legitimidad formulado por el hijo que no posee ese estado, por carecer de título. En vida del hijo, corresponde a él o sus representantes legales formular ese reclamo.

Después de muerto el hijo, siempre que ello ocurriera durante su menor edad, podrían entablar la acción sus herederos y descendientes. Estos últimos, aunque no sean herederos, como ocurriría en los casos de indignidad, desheredación y renuncia, porque su interés radica en que se reconozca su propio estado de familia, que puede resultar de la filiación reclamada. En cualquier caso, se-

drían, tanto herederos como descendientes, continuar la acción que el hijo iniciara en vida.

La razón por la cual la ley limita el derecho de herederos y descendientes a iniciar la acción al caso de fallecer el hijo durante su minoridad es que, llegado a la mayoría sin iniciarla él, se presume que renunció a hacerla. Pero, sin aceptando tal fundamento, la disposición legal es criticable porque no acuerda a dichos herederos y descendientes plazo alguno, lo que significa que si el hijo fallece, por ejemplo, el mismo día de cumplir los veintidós años, no hay manera para los herederos de iniciar una acción que les interesa.

Con respecto a la forma de establecer esa acción, dice el art. 260 que "la acción de filiación no puede ser intentada sino contra el padre y madre conjuntamente, y por fallecimientos de éstos, contra sus herederos". Contrariamente a lo que ocurre con la acción de filiación natural, la que nos ocupa interesa conjuntamente a padre y madre porque, para que haya filiación legítima, es presupuesto necesario la existencia de matrimonio y no se concibe un hijo de ese carácter que no lo sea de marido y mujer. Claro está que si, por ejemplo, actuara la madre, en representación o conjuntamente con el hijo, contra el padre, la intervención de ella descartaría su carácter de demandada; pero hace que se cumpla su carácter de parte en el juicio. Si uno de los padres ha muerto, el juicio se seguirá contra sus herederos, conjuntamente con el padre supérstite. Si fallecieren los dos, proceda contra los herederos solamente.

8. Acción de desconocimiento de la maternidad. — Procede cuando una persona tiene título de estado de hijo de determinada madre y, en realidad, no lo es, ya sea por haber mediado suposición o sustitución de parto. Es lo que dice el art. 261: "La filiación de que el hijo está en posesión, aunque sea conforme a los asientos parroquiales, puede ser contestada en razón de parto supuesto, o por haber habido sustitución del verdadero hijo, o no ser la mujer, la madre propia del hijo que pasa por suyo." El proceso de la acción hace caer la maternidad, cesa de funcionar la presunción del art. 245, ya que el accionante no fué concebido por la presunta madre. Ello sin perjuicio de las acciones especiales contra el padre que, en cualquier forma, hubiera reconocido al hijo, a efectos de desconocer también la paternidad, que podría ser extramatrimonial.

El artículo comprende, además de los casos de suposición y sustitución de parto, todos los otros en que existiera una maternidad simulada, como podría ser la adopción no formalizada por la madre.

En cuanto a las partes del juicio y ejercicio de la acción, rigen las mismas reglas que para el caso de impugnación de la legitimidad.

9. *Imprescriptibilidad de las acciones de estado.* — En un trabajo como el presente, en que nos limitamos a aclarar ciertos principios fundamentales, sólo en lo que se refiere a la filiación legítima, no podemos estudiar con amplitud tal problema. Nos limitaremos a recordar que el principio es la imprescriptibilidad, sin perjuicio de los casos especiales en que la ley expresamente fija plazos de caducidad para algunas de dichas acciones. En el estudio precedente nos hemos ocupado de los casos en que existe dicho plazo con relación a la materia que nos ocupa solamente.

El Código Civil alienta la regla en estos términos, en el art. 262: "El derecho de reclamar la filiación, o de contestar la legitimidad no se extingue, ni por prescripción, ni por renuncia expresa o tácita; mas los derechos pecuniarios ya adquiridos, están sujetos a la prescripción." Como se ve, circunscribe la regla de la imprescriptibilidad a las acciones de reclamación de filiación y a la contestación de la legitimación.

10. *Prueba de la filiación legítima.* — El art. 263 del Código Civil estaba redactado en esta forma: "La filiación legítima se prueba por la inscripción en los registros parroquiales, tanto del nacimiento como del matrimonio de los padres, o por la posesión constante del estado de hijo legítimo, fundada en actos que la demuestran. A falta de inscripción en los libros parroquiales y de la posesión de estado, la filiación legítima puede probarse por testigos, cuando la inscripción en los registros se ha hecho bajo falsos nombres, o como de padres no conocidos." La referencia hecha a la posesión de estado como elemento probatorio, puesta a renglón seguido de la exigencia relativa a partidas de nacimiento y matrimonio, se consideró por lo menos defectuosa, aunque, en realidad, sólo indicaba un medio importante de acreditar la filiación en los casos de faltar el título, es decir alguna de ambas partidas. Vale decir que la posesión de estado no era título por sí misma, sino importante elemento probatorio para obtener éxito en una acción tendiente a obtener la declaración de filiación legítima.

Por ello, la Ley de Matrimonio, en su artículo 114, modificó el texto, que quedó redactado en esta forma: "La filiación legítima se probará: por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, donde exista, y a falta de éste por la inscripción en el Registro Parroquial y por la inscripción del matrimonio en el Registro Civil desde la vigencia de esta Ley, y en los parroquiales antes de ella. A falta de inscripción o cuando la inscripción en los Registros se ha hecho bajo falsos nombres o como de padres no conocidos, la filiación legítima puede probarse por todos los medios de prueba."

La modificación no es substancial, pero es más exacta, desde el punto de vista de la técnica jurídica. En definitiva: dicha filiación requiere la doble prueba resultante de la partida de nacimiento y la de matrimonio de los padres. Sólo así se puede hacer

funcionar adecuadamente el régimen de presunciones legales que ya hemos explicado.

El al hijo le faltan tales títulos, deberá iniciar acción de reclamación contra los padres y, aún en caso de que éstos no contradigan la filiación, sino que la sustenten expresamente, como está en tela de juicio una cuestión de fundamental importancia social, puesto que se trata del propio estado de familia, será necesario siempre recurrir a la prueba supletoria, que la ley vigente hace consistir en todos los medios procesalmente admisibles, uno de los cuales será la posesión de estado. Para la caracterización de ésta, tratándose de la filiación legítima, se requiere mucho más rigor que cuando se trata de la natural, porque nadie ignora que es distinto el trato dado por los padres a una y otra categoría de hijos. Por lo demás, aún iniciándose la reclamación de estado de hijo legítimo después de muerto el padre o la madre, no será ineludible dicha posesión, como el art. 325 exige tratándose de la extramatrimonial.

Ponemos así fin a este trabajo, cuyo adecuado desarrollo requeriría, sin duda, mucha mayor extensión, con las debidas citas doctrinarias y jurisprudenciales, todo lo cual he omitido intencionalmente, dado el propósito perseguido que, como dije al comienzo, se limita a aclarar a los alumnos un tema sencillo, pero que la experiencia demuestra ser motivo de dificultades.

PROYECCIONES JURIDICAS DE LA EXPLOTACION DE BUQUES ATOMICOS

Por

RODOLFO A. GONZALEZ LEBREDO

Profesor Adjunto Interino de Derecho de la Navegación

I. — INTRODUCCIÓN.

Cuando el 6 de agosto de 1945, el bombardero B-29 "Enola Gay", del grupo 509 de la vigésima Fuerza Aérea Americana, dejó caer sobre Hiroshima la primera bomba atómica, y cuando tres días más tarde cayó sobre Nagasaki una bomba similar, ambas de un poder destructor sin precedentes, la humanidad se conmovió, y el regocijo producido por el fin de la guerra y el logro de la victoria encontró su contrapartida en el horror de la experiencia, proyectada sobre el mundo como un terrible presagio.

Pero nada nace sin dolor, y aquellas fechas tristes y opacas, marcaron el comienzo de una era, que será luminosa si los hombres conservan la medida de su responsabilidad y carecerá de todo sentido si triunfa el desentendimiento y la ambición; la era atómica. En ella, esa misma humanidad, aterrada aún por el impacto de la puesta en escena, recibirá por los medios y rutas menos sospechados los beneficios de la energía atómica, aunque deba vencer para aceptarlos la difícil pero no insalvable barrera del temor y la incredulidad que a través de los siglos han acompañado a los descubrimientos científicos y a los progresos técnicos. Debemos vivir esta nueva era en función del futuro promisorio que nos ofrece y no en términos de escéptica desesperación por un pasado, tal vez necesario, que debemos conservar como ejemplo, pero no como tema para proscribir la evolución de la ciencia y estorpear el desarrollo de nuestra cultura.

La aplicación de la energía atómica en la navegación es ya una realidad, y una realidad que nos ha sorprendido, como ha de haberlo hecho el primer automóvil o el avión de los hermanos Wright, al volar el 17 de diciembre de 1903 sobre Kitty Hawk, en Carolina del Norte (E.E. UU.). Nos sorprendió ya el primer submarino atómico, el "Nautilus", cuando cruzó en inmersión la capa de hielo del Polo Norte, bajo el cual pasó exactamente el 3 de agosto de 1958; luego el "Skate", que después de haber navegado sumergido bajo aquella misma costra polar, emergió el 17 de marzo

de 1959 en el mismo Polo Norte, y recientemente, otro submarino atómico que acaba de cumplir la hazaña, quizá presentida por Julio Verne, de circunvalar el globo terráqueo navegando bajo el agua.

El 22 de mayo de 1958, a 139 años de la iniciación del primer viaje a través del Océano Atlántico, en los astilleros de la "New York Shipbuilding Corporation" de Camden, en Nueva Jersey (EE. UU.) se colocó la quilla del primer vapor transatlántico: "Savannah". Su presencia en el mar en el curso del corriente año y la futura construcción y aparición de otras unidades de propulsión nuclear, plantean desde ya una serie de problemas nuevos, y la necesidad de aplicar nuevas técnicas a problemas viejos.

Esta situación, no sólo en cuanto se refiere a los buques atómicos, sino respecto de toda aplicación de la fisión nuclear, no es extraña al Derecho. Sin embargo, y aunque resulte paradójico frente a la trayectoria meteórica de las investigaciones y realidades en torno al átomo, la regulación jurídica va abriéndose camino lenta y dificultosamente.

La energía atómica requiere necesariamente el dictado de nuevas normas y la adaptación de las existentes en una elaboración sistemática que habrá de dar nacimiento, sin duda, de un nuevo Derecho: el Derecho Atómico; en esa labor se encuentran empujados, no sólo instituciones nacionales de distintos países, sino, y principalmente, organismos internacionales como la "Agencia Internacional de la Energía Atómica" de las Naciones Unidas, la "Organización Europea para la Cooperación Económica" (O.E. C.E.), el Euratom, integrado por Alemania Occidental, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo, y, ya que el problema concreto de los buques con propulsión nuclear, el "Comité Maritime Internacional".

Toda preocupación se concentra en esta materia en derredor de un imperativo: la seguridad, y se orienta hacia el estudio de los aspectos que presenta y las formas de regulación de la responsabilidad emergente de la operación de plantas nucleares, y en nuestro caso, de la navegación de buques atómicos.

II. — ASPECTO TÉCNICO GENERAL.

El "Savannah", al igual que todos los buques nucleares programados, en construcción o ya en operación, de los Estados Unidos de América, está dotado de un reactor a presión hidráulica total, vale decir de una planta donde el calor generado por la fisión nuclear es absorbido por agua a presión, de circulación rápida, que transfiere dicho calor a un sistema secundario de vapor donde se lo utiliza para impulsar los mecanismos de propulsión y demás máquinas auxiliares. El empleo de reactores a bordo de buques significó superar una serie de obstáculos, principalmente en cuanto

se refiere a la seguridad de su operación, ya que razones de espacio y peso impedian el empleo sin restricciones de recursos de protección. Estas mismas razones son las que han hecho más complejo el problema de uso de reactores en aviación, donde el progreso es evidentemente lento. Pero si el factor espacio representaba un inconveniente con relación a las pantallas protectoras, cabe señalar que el tamaño de la planta nuclear resulta sumamente pequeño en comparación con los mecanismos convencionales; además, los depósitos de combustibles se ven reducidos, para comprender lo cual basta decir que 500 cm³ de combustible, con un contenido de 300 grs. de uranio, reemplaza a 1000 tons. de carbón.

La utilización de estos reactores crea el problema potencial de una catástrofe derivada de la liberación de millones de productos de fisión en una zona poblada, como podría desde luego ser un puerto. La presencia de átomos fisionables puede llegar a constituir una masa crítica susceptible de dar origen a una reacción en cadena, con las consiguientes consecuencias.

La energía atómica ejerce sobre nosotros una acción debida a la radioactividad, que no es captada por los sentidos humanos sino por intermedio de instrumentos adecuados; esa radiación consiste en la emisión de partículas atómicas y de ondas por parte de los núcleos de átomos inestables; los rayos alfa y beta son partículas nucleares, mientras los rayos gama, que representan la forma más penetrante de radiación, consisten en ondas electromagnéticas similares a los rayos X. El uso de material fisionable origina productos altamente radioactivos, de allí que a lo largo del manipuleo se produzcan residuos radioactivos que varían en cantidad, en toxicidad y en forma, pero que nos plantea desde ya un nuevo y palpante problema, el de la eliminación de los residuos y por ende el de la contaminación. Cuando el combustible es irradiado por neutrones en el reactor, se genera calor, el que, como hemos dicho, es transferido a los mecanismos de propulsión por medio de agua, o por otros elementos tales como aire y productos químicos en estado líquido; como esa agua, o esos otros medios quedan expuestos a los neutrones en el reactor, también sufren los efectos de la radiación. Cuando el agua se expande como consecuencia de haber llegado el reactor a la temperatura óptima de operación, gran cantidad de aquella debe ser eliminada, lo que sucede tres o cuatro veces por mes, en cantidades de alrededor de dos toneladas de agua por descarga.

La mayor cantidad de productos de fisión, que se producen en el reactor, queda retenida en el mismo, mezclada con el combustible, pero además de esa fuente de producción de residuos radioactivos tenemos a la pantalla de agua que rodea al reactor como elemento de protección, a las resinas purificadoras del agua de circulación y a los múltiples elementos vinculados con el mecanismo; trapos, herramientas, papeles, residuos provenientes del

local donde se produce el lavado y descontaminación de herramientas, equipos, ropas, etc.

III. — LA NAVEGACIÓN INTERNACIONAL DE LOS BUQUES NUCLEARES.

La eliminación de todos estos residuos radioactivos está siendo motivo de profundos estudios, ya que en pocos años puede transformarse en un problema insoluble, el cual, a pesar de su carácter fundamentalmente técnico, no ha podido ser pasado por alto por el jurista.

Dejando de lado las cantidades de líquidos y demás elementos irradiados que algunas plantas descargan en las aguas ribereñas y en los ríos, gran cantidad de desechos son conservados en tanques de acero y de concreto, mientras otras van siendo depositadas bajo tierra o en las máximas profundidades de los mares, práctica ésta que ha despertado grandes críticas y que no se señala como la definitiva y más acertada.

En la reunión llevada a cabo en Ginebra, en 1958, por convocatoria de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en la que participaron más de ochenta países, se aprobaron cuatro convenciones internacionales: una sobre mar territorial y zona contigua, una sobre alta mar, una sobre pesca y finalmente otra sobre plataforma continental, que constituyen un verdadero estatuto internacional sobre las materias a las que se refieren.

En la convención referente a la alta mar, es decir, a la parte de mar no perteneciente a las aguas territoriales de ningún Estado, se ratifica el principio de la libertad de los mares concretado en la libertad de navegar, de pescar, de colocar cables y tuberías submarinas y de sobrevolar el mar libre. El art. 25 de la Convención deja claramente establecido que todo Estado debe tomar medidas para evitar la contaminación de las aguas por residuos radioactivos, según las normas y regulaciones que deberán ser formuladas por las organizaciones internacionales competentes. Se agrega que todos los Estados deberán cooperar con las organizaciones internacionales competentes en las medidas debidas, y prevenir la contaminación de los mares o del espacio aéreo, resultante de cualquier actividad desarrollada con materiales radioactivos o con otros agentes nocivos.

Tal como han quedado redactados los artículos de la convención, entendemos que nada obsta a la navegación por los mares de buques de propulsión nuclear, ya que se reconoce a favor de todos los Estados la libertad de hacer navegar por el mar libre a todos los buques que enarbolan su bandera, con sujeción, claro está, a las demás normas de convivencia internacional previstas en la convención, y entre ellas la relativa a la contaminación de las aguas. El problema básico consiste en determinar con precisión qué debe entenderse por contaminación, aspecto éste sobre el que

no se pronunció la conferencia, tal vez por responder a un contenido técnico demasiado sutil y poco preciso. En este sentido la Agencia Internacional de la Energía Atómica de las Naciones Unidas ya se ha puesto a trabajar sobre el particular, concretando sus estudios inmediatos en las cuestiones derivadas de la eliminación de residuos en grandes cantidades, de la eliminación de elementos líquidos radioactivos provenientes de reactores situados en tierra firme y de la eliminación de los residuos radioactivos provenientes de buques atómicos. Declarar ilícita la eliminación de residuos radioactivos en los océanos lisa y llanamente, y sin mayor base científica, no es posible; no sólo no lo dice la ley internacional, sino que tampoco puede proscribirse el avance de la ciencia y de la técnica cuando éstas, en su mismo avance, pueden proporcionar los elementos para conjurar el peligro. Será preciso aplicar un criterio de razonabilidad y mantener un estrecho control de las aguas, para verificar las concentraciones de radioactividad, y determinar el punto en que esas concentraciones pueden afectar al ser humano o a la flora y fauna marítimas.

Sobre esta materia se están llevando a cabo en los Estados de América estudios serios, y repetidas y costosas experiencias en previsión de la aparición futura de buques nucleares en el mar.

El buque atómico "Savannah" tiene un sistema de tanques en los que se depositarán todos sus residuos líquidos y sólidos, de manera de evitar la eliminación de los mismos en el mar, y si bien es cierto que este sistema significa limitar el aprovechamiento de importantes espacios del buque, no es menos cierto que por su sentido experimental puede servir como elemento sobre el cual elaborar una solución más práctica y permanente.

Si bien la navegación en la alta mar no podrá ser impedida, el problema no queda solucionado allí, ya que los buques mercantes de propulsión nuclear se construirán con miras a la obtención de un lucro comercial, lo que supone, además del paso inocente por las aguas territoriales de otros Estados, la necesidad de la entrada a los puertos de esos Estados con el objeto de dejar y de tomar carga. Cuando después de completar la hazaña en el Polo Norte, el submarino estadounidense "Skate" pretendió hacer escala en Copenhague, el gobierno danés prohibió la entrada de la nave a dicho puerto por razones de seguridad. Ese incidente, tal vez aislado, tal vez intrascendente, nos coloca de todas maneras frente a una realidad que puede ser crucial si varios o muchos países prohibieran el ingreso a sus aguas territoriales y a puertos de buques nucleares, que quedarían, como el holandés "Errante", condenadas a un fatigoso e inútil deambular por los océanos.

De ahí la necesidad de la norma jurídica, que vendrá a resolver los conflictos y a calmar los ánimos; esa norma jurídica variará con el tiempo, en proporción directa al desarrollo de la técnica, buscando el equilibrio que debe existir entre la necesidad de ga-

garantizar los derechos de los terceros y la posibilidad de una explotación de buques atómicos sobre una base comercial.

IV. — LOS BUQUES ATÓMICOS Y LA SEGURIDAD DE LA VIDA HUMANA EN EL MAR.

Desde su origen, el desarrollo de la navegación ha estado estrechamente ligado al mejoramiento de la seguridad en el mar; el hombre ha debido aprender los principios de la estabilidad y las reglas y métodos de construcción; debió inventar aparatos y estudiar su empleo, y adaptar los descubrimientos científicos a sus necesidades de navegante.

Considerada en un principio como materia de mero interés nacional, la seguridad de la vida humana en el mar se transformó en un problema de carácter internacional que mereció la atención de conferencias y de organismos especializados y se tradujo en legislaciones locales, regionales y de proyección mundial; los siniestros marítimos que otrora hicieron azarosa al extremo la navegación disminuyeron con los progresos técnicos y el dictado de normas jurídicas apropiadas.

La convención firmada en Londres en 1929 marcó un gran paso adelante en el dominio de la seguridad y constituyó un progreso evidente el plano de la cooperación internacional, completado en 1948 con la firma de un nuevo acuerdo, modificatorio, del anterior, que incluyó, como anexo, una serie de reglas para prevenir colisiones en el mar.

La aparición de buques atómicos en la escena marítima impone el estudio de las modificaciones que habrá que introducir tanto a las normas de la "convención" como a las "Reglas", y desde luego exige un replanteo en cuanto a la interpretación de las conductas náuticas según los casos y circunstancias.

Habrà que definir a los "buques nucleares" para incluirlos dentro del marco de aplicabilidad de la convención, o eventualmente dictar un grupo independiente de disposiciones, acordes con sus características y modalidades operativas; las inspecciones deberán comprender aspectos extraños a la técnica utilizada en unidades convencionales, incorporándose procedimientos nuevos, hombres de ciencia y técnicos especializados y, en su caso, practicarlos a través de comisiones internacionales.

El capítulo dedicado a la construcción de buques deberá ser estudiado a nuevo a fin de determinar si las exigencias vigentes son o no suficientes para garantizar la seguridad en los buques atómicos, en particular en lo relativo a la protección de tripulantes, pasajeros y carga de las emisiones radioactivas, y paralelamente a los sistemas de detección y extinción de incendios habrá que prever y exigir sistemas de detección de radioactividad y de

descontaminación, roles de safranchos y prácticas de safranchos para casos de accidentes nucleares.

De igual manera, como cualquier buque convencional pueda transportar —y en la práctica ya sucede— cargamentos de combustible nuclear, será preciso considerar este hecho nuevo frente al capítulo 6° sobre transporte de mercancías peligrosas.

Las "Reglas Internacionales para prevenir colisiones en el mar" fueron redactadas con la convicción de que el peligro de los abordajes quedaba virtualmente conjurado; la experiencia nos ha indicado lo contrario y, a pesar del mayor y mejor uso de los recursos técnicos, los accidentes se repiten e imaginamos con angustia el espectáculo de que fue testigo la noche del 25 de julio de 1958, cuando los 212 metros de eslora del "Andrea Doria" se perdieron en el océano. Es que la previsión del hombre no alcanza a cubrir todas las alternativas de su existir. Cabe preguntarse en primer lugar si, frente a este problema de la conducta a seguir por los buques en determinadas circunstancias, debemos ubicar a los buques atómicos fuera o dentro del esquema trazado por las "Reglas"; si el mayor riesgo que implica la operación de estos últimos exige imponerles mayores obligaciones o si las normas actuales ofrecen margen de seguridad suficiente.

Creemos que ciertas modificaciones son necesarias, así como que las mismas deberían alcanzar a cualquier buque, aún convencional, que transporte combustible nuclear o cualquier material radioactivo.

En materia de luces reglamentarias, sin perjuicio de la extensión de la distancia en que deben ser visibles, que habrá que lograr tal vez mediante la utilización de nuevos tipos de lámparas (mercurio, xenón, etc.) los buques de propulsión nuclear o que transporten productos radioactivos deberían llevar en lugar visible una luz cuyas características técnicas no es del caso especificar aquí, que los identifique, debiendo de día ostentar, con igual propósito, algunas marcas especiales.

Desde el punto de vista de la navegación, no existe diferencia alguna entre un buque convencional y uno nuclear; ambos deben desarrollar conductas idénticas y sus tripulaciones deben por igual conocer las "Reglas" sin admitirse "grados" de conocimiento o de aptitud; de ahí que en principio estas normas se ajusten a la navegación practicada por cualquier buque. Sin embargo, y dado que un abordaje podría concretar el riesgo potencial que encierra la operación de un buque nuclear o que transporta materiales radioactivos, se impone una enfatización de la prudencia, y si las señales sonoras y la moderación de velocidad cuando la visibilidad es reducida se han impuesto como normas de prudencia al servicio de la seguridad, resulta manifiesto que no ya la obvia complimentación de las mismas que es desde luego imperativa, sino una mayor agudeza en las conductas náuticas se hace exigible. Igual re-

zomamiento cabe realizar frente a las neurálgicas reglas relativas a rumbo, gobierno y maniobra, cuya aplicación debe hacerse "con decisión, con amplitud de tiempo y con la destreza natural de todo buen marino", pero que, por varias razones, no han servido para suprimir los siniestros. El riesgo de abordaje no se descarta, y hasta se contempla, bajo el N° 21, el caso de que aún el buque que debe conservar su rumbo y mantener su velocidad por tener derecho al paso con relación al buque que ve primero por estribor, está obligado a maniobrar convenientemente para evitar la colisión. Debemos preguntarnos, en consecuencia, si puede permitirse que buques nucleares, o con carga nuclear a bordo, lleguen hasta ese peligroso momento de las decisiones heróicas, o si debe imponerse conductas no convencionales, donde la amplitud de tiempo sea mayor y la decisión del buen marino no se tome bajo la presión de las circunstancias, sino siguiendo los trazos de una norma preexistente.

El uso del radar ha solucionado muchos problemas, aunque ha creado otros por el exceso de confianza depositado en el mismo, no resultando totalmente útil cuando ambos buques viven la inminencia del abordaje. Para este momento crítico habrá que pensar en algún sistema de comunicación directa entre los buques no obstante las cuestiones de orden práctico que presenta, entre las que el idioma juega un rol importante. Al encerrar las modificaciones a las "Reglas" habrá, además, que facilitar a los buques la posibilidad de maniobrar preventivamente, cuando en sus pantallas de radar se produzca el eco de otros buques, con una anticipación tal que aleje el riesgo de colisión sin esperar la concurrencia de ciertos hechos y circunstancias que presuponen un contacto visual y la cercana eventualidad del siniestro.

V. — LOS BUQUES ATÓMICOS Y EL TRABAJADOR MARÍTIMO.

La técnica, cuya influencia en la evolución y caracterización de las normas del mar se manifiesta, viene, con esta aplicación de los descubrimientos de la ciencia, a incidir también sobre el trabajo a bordo. La operación del reactor implica desde ya contar con una nueva categoría de trabajadores, que nos recuerda la incorporación del personal de máquinas a los buques, con la aparición de la máquina a vapor; este nuevo tripulante, mitad hombre de ciencia y mitad técnico, tendrá que desarrollar su labor en las puertas del infierno atómico, expuesto más que cualquier otro a las radiaciones.

Al problema de la capacitación de estos tripulantes especializados, se agregan los relativos a los alojamientos del personal, a la duración del trabajo en ciertos lugares frente a la insalubridad de los mismos, a la de contaminación de ropas y alimentos, al control de la radioactividad, a la responsabilidad del armador hacia su personal, a las sanciones disciplinarias o penales a que puedan

dar lugar las acciones y omisiones culposas o dolosas en el manejo de la planta nuclear, etc.

VI. — LOS SEGUROS MARÍTIMOS.

En todo seguro marítimo, ya sea de casco, ya de mercadería, el elemento básico es el buque, cuyas características estructurales, tipo, condición, etc., determinan en gran medida la calificación del riesgo. La prima se fija en función del riesgo, teniendo en cuenta datos técnicos y datos prácticos, la probabilidad teórica y los siniestros realmente acaecidos, y la variación del riesgo actúa aumentando o disminuyendo la prima, y en algunos casos hasta provocando la rescisión del contrato.

Además del riesgo que encierra la navegación de los buques nucleares en cuanto hace a la eventualidad de una explosión o a la posibilidad de contaminación en áreas pobladas, es indudable que la presencia de estas unidades en el mar significa aumentar los riesgos ordinarios de los buques convencionales. Las consecuencias económicas de un siniestro atómico pueden asumir proporciones insospechadas; de ahí la posición, en general, de expectativa asumida por los aseguradores marítimos, explicable desde luego ante la falta de elementos experimentales, y ante la inseguridad de una estimación teórica de los daños y perjuicios que podrían generarse.

En 1957, la Comisión de la Energía Atómica de los Estados Unidos de América dió a publicidad un informe preparado en el Laboratorio Nacional de Brookhaven, referente al cálculo de los resultados máximos que produciría un accidente después de 180 días de operación de un reactor de 500.000 kilowatts (térmicos) ubicado en una zona con muchas construcciones y densamente poblada. Según los estudios practicados, el daño a las personas podría oscilar, según la modalidad del accidente, entre ningún muerto ni herido y 3.400 muertos y 43.000 heridos, y los daños materiales, para la peor hipótesis, alcanzarían a 7 billones de dólares como cifra optimista.

Estos riesgos crean la duda de saber si, en el supuesto de de-sear cubrirlos, las empresas aseguradoras, por sí, transfiriendo esos riesgos a terceros reaseguradoras, o constituyendo "pools" entre ellas, contarán con la capacidad financiera suficiente para afrontar el pago de las indemnizaciones, y si, en caso afirmativo, las primas no alcanzarán valores que resulten insoportables para los asegurados. Por la modalidad de la actividad generadora de los riesgos, el momento presente en materia de seguridad de operación de los reactores y la actitud psicológica de la humanidad, se impone la adopción de normas que hagan obligatorio asegurar o de cualquier otra manera garantizar las responsabilidades emergentes. Por otra parte, ante el desconocimiento de sí las asegura-

dores querrán o podrán cubrir los riesgos derivados de la explotación de buques atómicos, se hace también inevitable pensar en la intervención del Estado cuya bandera enarbola el buque o del que ha autorizado su operación, para garantizar el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios, íntegra o complementariamente en su caso. La obligatoriedad del seguro y la participación estatal en la neutralización de los riesgos vendrán así a dar una nota propia a la solidaridad compensatoria de las consecuencias económicas de los mismos.

Los aseguradores ingleses, dando un primer paso adelante, acaban de modificar la cláusula 7ª de sus formularios de seguro de casco, incorporando los daños a instalaciones nucleares o reactores a bordo de buques, pero ahí terminan por ahora las determinaciones. En cuanto a las organizaciones mutuales de seguro, que agrupan armadores, ya se han pronunciado expresamente en contra de la cobertura de todo riesgo derivado del transporte de substancias nucleares, por buques miembros de la organización, estimulando a sus asociados a exigir de los cargadores de dichos productos el reconocimiento de su exclusiva responsabilidad como condición del transporte. Esta decisión no incluye a los radioisótopos usados o destinados a ser usados para fines industriales, comerciales, agrícolas, médicos o científicos, debidamente estibados, desde que los mismos no son altamente radioactivos ni susceptibles de provocar una explosión atómica.

En los Estados Unidos de América los aseguradores, enfrentados por un lado con la necesidad de brindar a los explotadores de plantas nucleares cobertura suficiente, y por otro con el imperativo de evitar la acumulación de responsabilidades derivadas de un siniestro, cuando más de un asegurado pudiera resultar responsable, buscaron solución a sus problemas constituyendo dos entidades o "pools": la "Nuclear Energy Liability Insurance Association" y la "Mutual Atomic Energy Liability Underwriters". Con una capacidad financiera conjunta total de alrededor de 60 millones de dólares, los aseguradores mencionados proyectaron pólizas que cubren no sólo la responsabilidad del explotador, sino también la de cualesquiera —incluso terceros— que aparecieran como responsables del hecho. Sobre esta base se elaboró la Ley Price-Anderson, el 22 de setiembre de 1957, modificatoria de la Ley de Energía Atómica de 1954.

VII. — LA RESPONSABILIDAD EN LA EXPLOTACIÓN DE BUQUES NUCLEARES.

El ejercicio de la navegación comporta una serie de obligaciones a cargo del titular de ese ejercicio frente a quienes por cualquier causa quedan relacionados con el mismo; se genera así una responsabilidad del armador respecto de quienes han contratado

con él y de quienes, aún sin contar con un vínculo preexistente, entran en contacto con dicho armador como consecuencia de la utilización que el mismo hace del buque.

La contrapartida de la existencia de esa responsabilidad general constituye uno de los principios del Derecho de la Navegación, el de la limitación, practicado a través de diversos sistemas, el del abandono seguido por nuestra legislación, el de la limitación en valor, el de la limitación forfetaria. En reemplazo de la convención de Bruselas de 1824 sobre "limitación de responsabilidad de propietarios de buques de mar", dejada sin efecto en la Conferencia de Amsterdam de 1948, se aprobó en 1857, en Bruselas, una nueva Convención, que sigue el sistema anglosajón de la limitación forfetaria a razón de 1.000 francos Poincaré por tonelada de arqueo, por daños materiales, y de 2.100 francos Poincaré por daños corporales. Para el supuesto de concurrencia de daños a las cosas y a las personas, el máximo era de 3.100 francos Poincaré, pudiendo los acreedores por daños corporales concurrir con los acreedores por daños materiales sobre los 1.000 francos de estos últimos si el monto de 3.100 francos no fuera suficiente. El fondo de limitación corresponde a cada siniestro.

La inminente realidad de la navegación de buques mercantes nucleares ha exigido el estudio y elaboración de un nuevo sistema disciplinario de la responsabilidad emergente de esa navegación, en lo que se refiere a los riesgos específicos que presupone la utilización de la energía atómica como base de su sistema de propulsión. Al respecto, un proyecto de la convención fue aprobado por 17 votos a favor y 3 abstenciones, en la 24ª Conferencia del Comité Maritime International, llevada a cabo en Rijeka, Yugoslavia, durante el mes de setiembre de 1959.

La Organización Europea para la Cooperación Económica había preparado con anterioridad un proyecto de convención concerniente a la responsabilidad de los operadores de instalaciones nucleares terrestres, que comprendía no solamente la responsabilidad de dicho operador por los daños causados por la planta atómica, sino también la derivada de los daños producidos por materias radioactivas durante su transporte por mar. La estrecha vinculación de este último aspecto con el Derecho de la Navegación movió a las autoridades de aquella organización a requerir el concurso y opinión de representantes del Comité Maritime International, los cuales trabajaron sobre la materia y prepararon un proyecto con algunas sugerencias, que luego se elevó a la consideración de la organización.

Cabe señalar muy especialmente que para la redacción del proyecto de convención aprobado en Rijeka, sus autores siguieron los lineamientos y principios del proyecto de la Organización Europea para la Cooperación Económica, que fundamentalmente estableció los caracteres de absoluta y exclusiva de la responsa-

bilidad del titular de una instalación nuclear, proponiendo la limitación de esa responsabilidad en una cifra no fijada en definitiva, pero estimada en 15 millones de unidades monetarias del convenio Europeo por siniestro y la obligación de contar con un seguro adecuado.

Al comenzar a discutirse el tema, en la reunión de Rijeka, la Delegación Holandesa planteó, con el apoyo parcial de la Delegación Italiana, la falta de oportunidad para tratarlo, invocando la ausencia de experiencia en materia de navegación nuclear y la falta de conocimientos científicos suficientes, posición que fue combatida firmemente por la mayoría de las delegaciones, en particular por las de Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Suecia, Bélgica y Yugoslavia.

Es cierto que no contamos en esta materia con mayor experiencia, pero las formulaciones jurídicas pueden hacerse "a priori", con mayor razón en la situación presente en que nuevos y peligrosos riesgos imponen la protección del público por un lado, mientras que el progreso de la civilización exige por el otro, posibilitar el aprovechamiento de la energía nuclear. Lo que sucede es que este procedimiento significa un cambio de rumbo circunstancial en la técnica de elaboración de nuestra disciplina, típicamente profesional, que nos recuerda la elaboración del Derecho Aeronáutico, fundamentalmente científico.

La novedad más importante que encierra el proyecto de Rijeka, es la incorporación del principio de la responsabilidad objetiva y exclusiva, alejado de las viejas teorías del Derecho Romano, y basado en las ideas de riesgo y explotación. La responsabilidad no es ni contractual ni delictual, está desligada tanto de la culpa contractual como de la aquilina, tiene un fundamento objetivo: quien crea un riesgo en su propio interés debe soportar las consecuencias de explotación, sin considerar la existencia o inexistencia de culpa.

Esta teoría de la responsabilidad objetiva, criticada en su momento, se ha infiltrado en varias instituciones jurídicas y en nuestra legislación la tenemos presente en la ley de accidentes de trabajo y en el Código Aeronáutico, en cuanto se refiere a la responsabilidad del explotador de una aeronave por los daños causados a terceros en la superficie, que sigue a su vez, los principios de la Convención de Roma de 1933.

Con relación a los buques de propulsión nuclear la aplicación de esta forma de responsabilidad parece justa, por lo menos mientras se cumpla esta primera etapa de prueba, tanto del vehículo como de las normas jurídicas reguladoras de su actividad.

Producido un accidente nuclear en un buque atómico, la víctima deberá probar que el daño tuvo su origen en el mismo y nada más, sólo que hubo un daño, haya o no culpa del armador.

Adosado a este carácter absoluto de la responsabilidad, se

agrega, siguiendo las aguas de la teoría de la "canalización", el de la exclusividad, que supone que el explotador de un buque nuclear es el único responsable aunque exista un tercero cuya acción culpable haya provocado el siniestro. En la ley dictada por los EE. UU. de América sobre cooperación con el Euratom, se dispone expresamente que el Gobierno de dicho país no asume responsabilidad alguna relacionada con la operación de los reactores que entrega a aquella organización, aplicando en consecuencia el principio de exclusividad, aunque referido, en principio, a plantas ubicadas en tierra.

Se prohíbe, así, al titular de la explotación de un buque atómico, el ejercicio de la acción de repetición contra el culpable, lo cual implica a primera vista favorecer la impunidad del autor del hecho. Sin embargo, el principio de la responsabilidad exclusiva está inspirado por consideraciones fundamentalmente prácticas: al canalizar y concretar toda responsabilidad en el armador se está posibilitando la construcción y operación de buques nucleares, evitándose una innecesaria acumulación de seguros y estimulándose la aceptación de estas unidades en los puertos de todo el mundo. Sin este principio, siempre estarían en tela de juicio las responsabilidades de los fabricantes de reactores, de los proveedores de combustible, de los talleres de reparación, de los astilleros y de los demás buques convencionales. Respecto de estos últimos la incidencia sería enorme ya que se verían obligados a contratar seguros por cifras astronómicas, con la consiguiente repercusión económico-financiera.

En el artículo segundo del proyecto de convención de Rijeka, se precisa el alcance de la responsabilidad, expresándose que el armador de un buque nuclear será responsable en modo absoluto y exclusivo por daños nucleares, siempre que se pruebe que dichos daños nucleares fueron causados por un accidente nuclear, relacionado con el combustible nuclear de dicho buque o con los productos o residuos radiactivos provenientes de dicho buque. Si el daño nuclear ha sido provocado voluntariamente por quien es acreedor a la reparación del daño, el tribunal interviniente puede reducir y hasta rechazar el pago de la indemnización. Por otra parte, el armador tiene una acción de repetición cuando el daño nuclear deriva de una acción u omisión llevada a cabo con la intención de causar un daño.

Cuando un armador cuenta con la debida autorización para la explotación de un buque atómico, por parte del Estado cuya bandera enarbola, no será en ningún caso responsable frente a cada accidente nuclear, sino hasta una suma cuya cifra exacta no ha sido fijada todavía. Al discutirse este punto la delegación de los EE. UU. de América insistió en que se incorporara al texto de la "misma" una "norma" según la cual, la "batería" que "absorbe" la operación del buque debe garantizar subsidiariamente la responsabi-

dad del armador: la sugerencia no prosperó y sólo se dispuso la obligación del armador de contratar y mantener un seguro, o cualquier otro tipo de garantía, para cubrir su responsabilidad, vale decir que la responsabilidad podrá ser asegurada en una cifra mayor que la que habrá de fijarse como límite legal.

Después de la conferencia de Rijeka, la "Agencia Internacional de la Energía Atómica" celebró en Viena dos reuniones, una en mayo de 1960 y otra en agosto del mismo año, y el correspondiente sub-comité del "Comité Maritime International" se reunió en Amberes el 30 septiembre y el 1° de octubre de 1960, con el objeto de preparar el informe que se presentará sobre este tema en la Conferencia Diplomática a llevarse a cabo en Bruselas, del 17 al 30 de abril de 1961. En estas sesiones habrán, sin duda, de mantenerse los principios fundamentales del proyecto aprobado, pero varios problemas serán planteados, entre los que se destacará el del tribunal competente.

Por las modalidades del riesgo atómico, la víctima de un siniestro nuclear debería tener una opción, permitiéndosele accionar contra el armador del buque ante los tribunales del Estado signatario en el cual ocurrió el siniestro o ante los tribunales del Estado que otorgó la autorización para la explotación; el plazo de prescripción de la acción debe también seguir la suerte de aquellas modalidades, pues los daños motivados por radiaciones pueden aparecer sólo después de muchos años.

VIII. — LEGISLACIONES NACIONALES.

Sobre este particular resulta oportuno recordar que en 1957 el Congreso de los EE. UU. de América sancionó la ley Prince-Anderson, modificatoria de la ley de Energía Atómica de 1954, y destinada a regular la responsabilidad frente a terceros, en el caso de una catástrofe atómica. En 1959 esas disposiciones se extendieron a las futuras operaciones del primer buque mercante nuclear, el "Savannah". De acuerdo con esa ley los operadores de reactores deben obtener un seguro o cualquier otra forma de protección hasta el monto que determine la Comisión de la Energía Atómica, o hasta la suma máxima disponible en los medios privados, que, como sabemos, es de alrededor de 60 millones de dólares y para el supuesto de que el siniestro supere esa cifra el Estado Americano aporta hasta la suma de 500 millones de dólares. En el caso del "Savannah", que será explotado por el gobierno de los EE. UU. de América, la garantía alcanza a la última cifra, esto es a 500 millones de dólares por accidente nuclear, si bien no sería difícil que en la eventualidad de una catástrofe el Congreso votara alguna suma complementaria, como sucedió ya a raíz de la explosión del buque francés "Grand Camp", en Texas City, el 16 de abril de 1947.

En Gran Bretaña se ha dictado también disposiciones generales sobre esta materia, en 1959, que incluyen la obligatoriedad de la contratación de un seguro hasta un total de 5 millones de libras esterlinas (alrededor de 15 millones de dólares), y excluyen la aplicación de cualquier otra norma de limitación de responsabilidad del armador. Se prevé, asimismo, que frente a cada siniestro el gobierno británico concurriría a compensar los daños con los fondos que vote especialmente.

La ley británica sigue el sistema de la "canalización" y de la responsabilidad absoluta y exclusiva del operador del reactor, mientras que la ley americana no hace recaer estrictamente sobre dicho operador aquella responsabilidad, aunque para la víctima pueda resultar lo mismo en la práctica gracias al juego de la póliza de seguro única.

Suiza ha dictado una ley general que sigue la línea del convenio de la Organización Europea para la Cooperación Económica, habiendo fijado un límite de aproximadamente 10 millones de dólares por instalación nuclear y no por siniestro, como en los EE. UU. de América. El Gobierno proveerá una indemnización, pero la misma no es fijada de antemano, y recién habrá de concretarse cuando ocurra algún accidente. . .

La reciente ley de Alemania Occidental se asemeja a las disposiciones americanas en cuanto el explotador atómico es considerado responsable en principio, pero terceras personas también pueden resultar responsables de probarse su negligencia. Si bien está previsto el aporte financiero privado, este puede ser suplementado hasta la suma de 500 millones de marcos por el Gobierno.

También Suecia ha sancionado normas legales, fijándose en 5 millones de dólares el límite de la responsabilidad por siniestro.

Salvo el caso de los EE. UU. de América, las demás leyes brevemente expuestas se refieren a reactores nucleares ubicados en tierra firme, vale decir que solamente son de aplicación a siniestros o accidentes que ocurran dentro de los límites territoriales de los respectivos Estados; la navegación de buques atómicos o el transporte de materiales nucleares deben regularse mediante adecuadas disposiciones de validez internacional que agreguen seguridad jurídica y económica a la seguridad técnica que se procura lograr.

IX. — CONCLUSIÓN.

Llegamos así al término de este pantallazo sobre los buques nucleares, que no consideramos desde luego exhaustivo; queda abierto el camino a las investigaciones y a las realizaciones en torno a este medio revolucionario y trascendente.

Cuando en la segunda mitad del siglo pasado el buque a vapor desplazó al velero, la economía de los transportes marítimos sufrió

un cambio substancial: el buque, que no era más que un instrumento para el tráfico de mercaderías, se transformó en un fin, en el eje de una economía de cambio; la competencia en el mar se hizo presente, se organizó el tráfico marítimo, nació la empresa, cuando Suez nos abrió la ruta a los mares del Oriente. Estamos ahora ante un hecho técnico cuya presencia se proyecta ya en lo jurídico y en lo económico, coloreando el paisaje con tintes originales, que marca también el comienzo de otra etapa, de tipo evolutivo, que en su primera fase se nos muestra caracterizada por el intervencionismo estatal, el control y cooperación internacionales, la responsabilidad absoluta y exclusiva, la limitación económica de esa responsabilidad, el seguro obligatorio, el escepticismo y el temor.

Las normas jurídicas que regulen este hecho deberán orientarse hacia el fin útil del mismo, para que pueda cumplir adecuadamente su misión; frente a la variación constante de la sociedad, el Derecho, que refleja esta realidad, debe vencer la inercia y adecuarse al momento histórico que le toca vivir. La cultura, obra del hombre, avanza a pesar del hombre, porque éste, progresivo y perfectible por naturaleza, no quiere permanecer estacionario, atraído por una estrella radiante que concentra toda su avidéz de verdad y su sed de ciencia.

El progreso, como decía Jossierand, realiza sus conquistas sobre las ruinas del pasado, y si nuestra época nos parece superior a las que la precedieron en razón de los grandes descubrimientos que la destacan, es porque en ella vivimos la alborada que nos está anunciando ya un claro día.

ABUSO DEL DERECHO

Síntesis y conclusiones de un análisis jurisprudencial (*)

Por

EDMUNDO GATTI

Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil IV

SUMARIO

I. — SÍNTESIS DEL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

A) DERECHO DE FAMILIA.

a) Principio general. b) Patria potestad. c) Potestad marital. d) Derecho del cónyuge incoante sobre los gananciales adquiridos por el otro después de la sentencia de divorcio.

B) DERECHOS REALES.

a) Derechos absolutos. b) Dominio. c) Reivindicación. d) Condominio; división; indemnización forzosa. e) Derecho a demoler y reconstruir un muro medianero. f) Servidumbres. g) Restricciones y límites al dominio.

C) DERECHO DE OBLIGACIONES.

a) Principio general. b) Aplicaciones del principio. c) Válidas o nulidad de los actos jurídicos. d) Otros casos de invocación innecesaria o errónea de la teoría del "abuso del derecho".

D) DERECHO PROCESAL.

a) Medidas precautorias. b) Interdicto de obra nueva. c) Juicio ejecutivo. d) Desahajo. e) Demanda; querrela; incidente.

E) OTROS FALLOS Y CASOS.

a) Derecho administrativo. b) Denuncia. c) Insección. d) Otros casos de invocación innecesaria, absurda o grotesca de la teoría del "abuso del derecho".

II. — CONCLUSIONES.

a) La invocación jurisprudencial del "abuso del derecho" ha sido, casi siempre, inútil o errónea. b) Además de errónea, la invocación de la teoría ha sido, en algunos casos, peligrosa y perniciosa. c) La teoría del "abuso" reposa sobre una base falsa. d) No existe una "teoría del abuso del derecho". e) Consecuencia de la identificación del "abuso del derecho" con la relatividad de los derechos. f) El verdadero sentido de la "teoría del abuso".

(*) La presente publicación contiene la síntesis y las conclusiones de un análisis jurisprudencial efectuado por el autor sobre ciento treinta fallos publicados en el país hasta el año 1958, inclusive.

I — SINTESIS DEL ANALISIS JURISPRUDENCIAL

A) DERECHO DE FAMILIA.

a) Principio general.

1. — No existiendo propiamente en el derecho de familia, derechos subjetivos individuales, sino derechos-deberes, en los que el deber está antes que el derecho, no sería admisible hablar aquí de "abuso del derecho".

b) Patria potestad.

2. — No es pues aceptable el que algunos fallos hayan considerado que constituye un "abuso del derecho" el ejercicio de la patria potestad en forma despótica o arbitraria (C. Civ. Cap. 8. "D", 163.53, L.L. 67,427), o con evidente perjuicio de quien se pretende proteger (c. 2.º C.C. La Plata, 15.7.49, L.L. 56,602). En tales supuestos no existe "abuso del derecho", sino incumplimiento de los deberes que el ejercicio de la patria potestad implica o mal desempeño de dicho poder.

3. — Las decisiones judiciales que, substituyéndose a los padres o representantes legales de los menores, acordaron a éstos la autorización que aquellos les denegaban para ingresar a una orden religiosa, no se basaron nunca sobre la teoría del "abuso del derecho", pues si bien es cierto que en algún caso se mencionó tal principio (C. Civ. Cap. 8. "B", 31.5.54, J. A. 1954, III, 397 y L.L. 76,38), el mismo se fundó en la aplicación del art. 375 C.C. —aunque erróneamente interpretado— y en esa misma disposición legal se fundaron muchos casos análogos que no mencionaron para nada la doctrina de que tratamos (C. Civ. 1.º Cap., 20.12.40, J.A. 73,461 y L.L. 31,839; C. Civ. Cap. 8. "B", 20.5.54, J.A. 1954, III, 23; J. 1.º Inst. Civ. Cap., 24.8.50, J.A. 1953, IV, 381; J. 1.º Inst. Civ. Cap., 11.8.53, J.A., 1953, IV, 314).

c) Potestad marital.

4. — Tampoco puede hablarse de "abuso del derecho" en el ejercicio de la potestad marital, cuando éste se lo refiere al "derecho" del marido a que su mujer cohabite con él, dondequiera que fije su residencia. Las decisiones judiciales que mencionaron la teoría, lo hicieron en situaciones en que esa mención era supérflua o contradictoria, o estaba fuera de lugar, ya por haberse decretado el divorcio por la causal de injurias graves, pero no computándose

como tal el supuesto "abuso" del marido (C. Civ. Cap. 8. "C", 7.11.51, L.L. 68,392), ya por haberse considerado que era el marido y no la mujer quien había abandonado el hogar conyugal decretándose por tal causa el divorcio por culpa de aquel (C. Civ. Cap. 8. "C", 23.2.54, L.L. 74,513), ya por haberse decretado el divorcio por culpa exclusiva de la esposa por las causales de injurias graves y abandono del hogar (C. Civ. Cap. 8. "C", 19.3.65, L.L. 82,409).

5. — Otro tanto puede decirse de los fallos que rechazaron la pretensión del marido de solicitar el reintegro de la mujer al hogar, considerando que existía un "abuso del derecho" de aquel, consideración errónea, desde que esas decisiones se fundaron en realidad en la inexistencia de tal derecho, ya sea en forma tácita, al afirmar que la pretensión del marido era inmoral por ser contraria a las buenas costumbres (C. 2.º C.G. La Plata, 19.9.44, J.A. 1944, IV, 590 y L.L. 37,297), ya expresamente, al hablar del "supuesto derecho" del marido (C. Ap. Bahía Blanca, 22.5.53, J.A. 1954, IV, 344).

6. — La misma consideración cabe hacer con respecto al fallo (C. Civ. Cap. 8. "F", 26.11.59, L.L. diario del 7.5.60) que reduplicando la contradicción conceptual que la teoría del "abuso del derecho" implica, entró a analizar si, no ya el "derecho", sino el "ejercicio" del mismo por parte del marido, podía ser legítimo bajo un aspecto e ilegítimo bajo otro, consideración innecesaria, desde que era suficiente para fundar la sentencia de divorcio que por culpa del esposo se decretó, la afirmación de que una determinada conducta suya configuraba la causal de "injurias graves".

d) *Derecho del cónyuge inocente sobre los gananciales adquiridos por el otro, después de la sentencia de divorcio.*

7. — Y por último, el fallo a nuestro juicio más importante en el derecho de familia, que a primera vista parecería haber hecho cabal aplicación de la teoría del "abuso", no podría haberse fundado en ninguna de las directivas que, para decidir la existencia del mismo, han dado las corrientes subjetivas u objetivas que siguen las diversas doctrinas existentes al respecto. Por apartarse de los textos claros y categóricos de la ley y de la justicia relativa que ellos consagran —y que es la única posible— el fallo llega a una solución que, con pretensiones de justicia superior, significó una iniquidad (C. Civ. Cap. 8. "D", 30.11.54, J.A. 1955, II, 601).

B) DERECHOS REALES

a) *Derechos absolutos.*

8. — En el campo de los derechos reales, algunas decisiones consagraron la imposibilidad de la aplicación de la teoría del "abu-

so del derecho", con respecto a facultades consideradas por éllo absolutas, como el derecho de exigir el retiro de las plantaciones efectuadas en violación del art. 2628 C.C. (S. C. Bs. As., 2.7.46, J.A. 1946, III, 820 y L.L. 44,192) y el derecho a adquirir la medianería (C. Civ. Cap. 8. "C", 31.12.54, J.A. 1956, I, 208).

b) *Dominio.*

9. — Uno de los fallos que se suele citar por los tratadistas como ejemplo de aplicación de la teoría del "abuso", es el que no hizo lugar a la demolición de ornamentos de construcción de un edificio, demandada por el lindero cuyo espacio aéreo invadían (C. Ap. Dolores, 28.5.36, J.A. 55,323), pero en dicha decisión no aparece mencionada para nada la teoría del "abuso del derecho", fundándose aquella en la inexistencia de interés legítimo para accionar, por falta de un móvil pecuniario, estético o moral; se consideró que la demanda tenía un fundamento jurídico pero no prosperaba por una razón de orden procesal.

c) *Reivindicación.*

10. — En materia de reivindicación se ha hablado del "abuso del derecho" que cometería quien pretendiese reivindicar una angosta franja de su terreno invadida por el lindero con una edificación. Sin embargo, es el fallo más antiguo en que el "abuso" se menciona, solo lo fue por uno de los miembros del tribunal, cuya decisión hizo lugar a la reivindicación (C. Civ. 1º Cap., 21.5.28, J. A. 27, 751). Otros dos fallos (C. Civ. 2º Cap., 12.7.39, L. L. 15, 560 y 12.9.40, J. A. 72, 98 y L. L. 19, 1049), adoptaron una solución distinta sobre la base —al igual que el anterior— de la aplicación de textos legales (arts. 2567 y sigts. C.C.) e invocando innecesariamente el "abuso de derecho" ya que uno de ellos citó como antecedentes tres fallos anteriores que habían consagrado la misma solución en base a los textos legales y sin mencionar la teoría del "abuso" (J.A. 21,904; 50,519; 64,247).

d) *Condominio; división; indivisión forzosa.*

11. — En un caso de división de condominio, el tribunal de 2º instancia no hizo lugar a la división, considerando que existía por otra parte de quien la solicitaba un "abuso del derecho" (C. Civ. Cap. 8. "A", 23.11.53, J.A. 1954, IV, 100 y L.L. 74,392). La Corte Suprema revocó esa sentencia por considerar que no existía "abuso del derecho" (18.4.56, J.A. 1956, III, 367). Ambas decisiones se fundaron erróneamente en la doctrina del "abuso del derecho", pues debieron hacerlo en la norma del C.C. que dispone la indivisión forzosa "cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesario para que no

haya perjuicio a los condóminos (art. 2715). Así lo hizo un fallo posterior que, no obstante, mencionó erróneamente la teoría del "ejercicio abusivo de los derechos", allí donde no existía derecho porque la ley lo niega expresamente (C. Civ. Cap. 3.º "D", 14.11.58, J.A. 1969, I, 135).

e) *Derecho a demoler y reconstruir un muro medianero.*

12. — Las limitaciones que pueda sufrir el ejercicio de este derecho (art. 2733 C.C.), no son más que consecuencia del propio texto legal, que al impedir al vecino reclamar indemnización por los embarazos que le causen los trabajos, no puede referirse sino a los que sean consecuencia necesaria de los mismos, pero no a los que puedan evitarse. No hay, pues, necesidad de hablar del "abuso del derecho", como lo hizo un fallo (C. Civ. 1.º Cap., 11.9.25, J.A. 17.493).

f) *Servidumbres.*

13. — En un caso en que se condenó al propietario del fundo sirviente a indemnizar al propietario del dominante, uno de los miembros del tribunal llamó erróneamente "abuso del derecho" a lo que era un hecho ilícito (C. Ap. Mercedes, 3.4.44, L.L. 34.175).

g) *Restricciones y límites al dominio.*

14. — La obligación de indemnizar los perjuicios que puedan causar los ruidos intolerables, se funda en disposiciones expresas del C. C. (arts. 2618 y 2619) y no en la teoría del "abuso del derecho", como con evidente error se declaró en un fallo (C. Civ. 2.º Cap., 3.10.18, J.A. 2.600). Otras decisiones establecieron en cambio que esa obligación no se funda en la teoría del "abuso" ni en la de la culpa, sino en la existencia de una responsabilidad objetiva (C. Civ. 1.º Cap., 30.10.35, J.A. 52.104 y L.L. 1.597), (J. 1.º Inst. Bahía Blanca, 15.8.36, L.L. 6.1088).

15. — Lo mismo debe decirse de la obligación de indemnizar los daños causados por el funcionamiento de una "casa de tolerancia", que no se funda en la "teoría del abuso", como erróneamente se expresó en algunos fallos, sino en disposiciones legales —arts. 2618, 2625 y 2514 C.C.— (C. Civ. 2.º Cap., 2.11.34, J.A. 49.71; 6.8.40, J.A. 71.673 y L.L. 19.614).

C) DERECHO DE OBLIGACIONES.

a) *Principio general.*

16. — En el derecho de obligaciones, los fallos que hacen mención de la teoría del "abuso del derecho" son más numerosos, y,

sin embargo, en ninguna parte del derecho como en esta dicha doctrina resulta tan inútil. En efecto; estamos en el campo de la autonomía de la voluntad, donde la ley autoriza a los particulares a dictar las leyes que han de regir sus relaciones jurídicas (art. 1197 C.C.), dentro de los límites que aquella determina y que están dados principalmente por los conceptos del orden público (art. 21 C. C.), la moral y las buenas costumbres (art. 953 C.C.). Allí donde esos límites se transgreden sería erróneo hablar de "abuso del derecho", porque ningún derecho existe.

b) Aplicaciones del principio.

17. — No tuvo, pues, razón de ser, el que aquellos fallos que consagraron la validez de determinados actos jurídicos sobre la base del principio del art. 1197 C.C., hayan agregado que no existían en el caso "abuso del derecho". Así, por ejemplo: la cláusula por la que el comprador de un lote se obliga a no edificar sobre una franja de tres metros en el frente, destinada a jardín (C. Civ. 1º Cap., 4.10.33, J.A. 68.184 y L.L. 16.470); la proscripción en un reglamento de copropiedad horizontal de todo otro destino de las unidades del inmueble que no sea el de vivienda familiar (C. Civ. Cap. 3.º "B", 23.12.57, J.A. 1958, III, 252 y L.L. 91.560); las cláusulas de un contrato de sociedad por las cuales los socios disponen, en igualdad de condiciones, la suerte de aquella para el caso de fallecimiento de uno de ellos (C. Civ. Cap. 3.º "C", 18.8.53, L.L. 72.534); el hecho de que el vendedor bajo el régimen de la ley 13.512, ejercite con respecto a uno solo de los compradores la cláusula rescisoria convenida (C. Civ. Cap. 3.º "C", 19.5.55, L.L. 80.10); la renuncia a los beneficios del art. 157 C. Com., antes de la sanción de la ley 11.729 (C. Com. Cap., 26.10.35, J.A. 18.294); la cláusula que declara, en caso de mora, la caducidad del plazo otorgado para el pago del capital (C. 2º C.C. La Plata, 26.8.49, J.A. 1949, III, 670 y L.L. 57.47); la cláusula de la promesa de venta en virtud de la cual el promitente se obliga a entregar la posesión del inmueble objeto del contrato "una vez que obtenga una propiedad desocupada para destinarla a vivienda propia de su familia", lo que configura un plazo incierto y no una condición (C. Ap. Mercedes, 12.8.55, J.A. 1956, I, 224).

c) Validez o nulidad de los actos jurídicos.

18. — Tampoco es admisible que mencione el "abuso del derecho", el fallo que fundado en el art. 953 C.C. decida la nulidad de un convenio sobre honorarios (C. Ap. Civ. S. "D", 29.8.57, J.A. 1958, II, 168); el que fundado en los arts. 21, 530, 531, 792, 794, 795 y 1167, considere ilícito el exigir al leocador el pago de una indemnización para entregarle la casa locada y haga en consecuencia lugar a la repetición de la suma por tal concepto abonada

(C. Ap. Bahía Blanca, 22.7.52, J.A. 1953, I, 276 y L.L. 70,81) y el que "cuidadoso 'niña' ni 'niñuna' por la que se renuncia a 'vender' los trámites del juicio ejecutivo por ser violatoria de una garantía constitucional", (C. Civ. Cap. S. "C", 25.7.52, L.L. 67,658).

19. — Lo mismo sabe decir de las resoluciones judiciales que, sobre la base del art. 953 C.C., declararon la validez del pacto comisorio (C. Civ. 1º Cap. 8.4.37, J.A. 58,99), o su nulidad, total o parcial (C. Civ. 1º Cap., 16.2.40, J.A. 69,694 y L.L. 17.778; 6.10.41, L.L. 25,153; 31.7.43, J.A. 1943, III, 635; 30.12.43, L.L. 33,119; S.C. Ba. Aa., 30.4.57, J.A. 1957, II, 455 y L.L. 89,718). Todos ellos mencionaron sin necesidad la "teoría del abuso".

20. — Otro tanto hicieron los que negaron validez a cláusulas penales que consideraron excesivas o a pactos sobre intereses que estimaron usurarios (C. Civ. 1º Cap., 18.11.38, L.L. 14,4; C. Civ. Cap. S. "A", 14.3.56, J.A. 1956, II, 372; C. Paz Cap. S. IV, 29.7.59, J.A. 1959, V, 271; S. C. Tucumán, 3.6.56, J.A. 1956, IV, 211).

d) Otros casos de mención innecesaria o errada de la teoría del "abuso del derecho".

21. — Muchos otros fallos mencionaron innecesaria o erróneamente la teoría del "abuso", como el que fundado en la "exceptio non adimpleti contractus" (art. 1201 C.C.), no hizo lugar a la pretensión de escriturar y declarar al mismo tiempo prescripta la obligación de pagar el saldo de precio adeudado (C. Civ. 1º Cap., 19.10.34, J.A. 48,132).

22. — El que se basó sobre la interpretación del contrato y la intención de los contratantes para decidir que por "balance de una sociedad" debía entenderse el estado patrimonial real de la misma y no el que surgía del balance que no reflejaba el haber real del socio fallecido (C. Civ. Cap. S. "A", 2.6.59, J.A. 1959, V, 137).

23. — El que hizo lugar al lanzamiento fundado en la interpretación del contrato y en el hecho de haber encarado mal el demandado la defensa procesal de su derecho (C. 2º C.C. La Plata, 21.10.52, L.L. 69,49).

24. — El que fundado en los arts. 1336, 1370 y 1372 C.C. y 455 C. Com., sostuvo el carácter absoluto del derecho a rechazar la cosa en la compra a ensayo (C. Com. Cap., 6.4.43, J.A. 1943, II, 503 y L.L. 30,265).

25. — El que con mención de los arts. 902 y 1109 C.C., resolvió que el locador no debía indemnizar los perjuicios que al locatario causó el desalojo por mejoras, no obstante haberle ocultado su propósito de reedificar (C. Civ. 2º Cap., 4.3.43, L.L. 30,678).

26. — Los que fijaron el alcance del concepto de "uso abusivo" como causal de desalojo (C. 2º C.C. La Plata, 28.4.53, L.L. 70,497; C. Ap. Mercedes, 24.12.54, J.A. 1955, II, 395 y L.L. 78,20; C. Ap. Dolores, 10.6.52, L.L. 67,285).

27. — Los que se fundaron en la interpretación de la ley (C. Com. Cap. S. "A", 31.3.54, J.A. 1954, III, 379; C. Ap. Trabajo Cap. S. P, 28.11.47, L.L. 49,831; C. 2º C.C. La Plata, 27.5.52, L.L. 66,712; Trib. Trabajo n° 6 San Martín, 28.5.56, J.A. 1956, III, 334 y L.L. 85,494).

28. — El que pretendiendo interpretar los arts. 1197, 1198 y 1622 C. C., en base al "recto sentido de la justicia" y a las exigencias superiores de la justicia", consagró una iniquidad, con desconocimiento de lo dispuesto por el art. 2065 C. C. (C. Civil 2º Cap. 6.6.38, L.L. 10,881).

29. — El que, sobre la base de sus propias consideraciones, solo pudo fundarse en los principios que rigen el pago por consignación (C. Ap. Mercedes, 11.5.54, L.L. 75,80).

30. — El que calificó impropriamente de abusiva la huelga que debió llamar ilícita, ilegítima o ilegal (C. Fed. Mendoza, 27.12.49, J.A. 1950, II, 404).

31. — El que consideró que la retención indebida no constituía, por sí sola, un acto generador de daños y perjuicios (C. Com. Cap., 12.6.31, J.A. 35,1423) y el que, incurriendo en un grosero error de derecho, estimó que constituía un "abuso del derecho" la negativa a substituir el derecho de retención por una garantía equivalente (C. Ap. Mercedes, 30.12.54, J.A. 1955, II, 320).

D) DERECHO PROCESAL.

a) Medidas precautorias.

32. — Algunos autores citan erróneamente como caso de aplicación de la teoría un fallo en que la misma no es mencionada (C. Com. Cap., 7.8.41, J. A., 75, 696).

33. — La mayoría de los fallos se fundan en disposiciones legales y no en la teoría del "abuso del derecho", innecesariamente invocada (C. Civ. 1º Cap., 7.7.37, L. L., 7, 247; C. Civ. Cap., S. "A", 19.8.52, L. L., 72, 606; C. Com. Cap., 31.8.38, J. A., 63, 677 y L. L., 11, 1198; C. Ap. Trabajo Cap., S. IVº, 28.4.53, L. L., 71, 422; C. Ap. Mercedes, 18.7.35, J. A., 59, 1018; S. C. Salta, 17.12.53; J. A., 1954, I, 304).

34. — Otros fallos se fundaron no en la teoría del "abuso del derecho", que mencionaron sin necesidad, sino en el principio fundamental en materia de medidas precautorias de que ellas no deben ir más allá de lo estrictamente indispensable para asegurar el derecho de que se trate (C. Civ. 2º Cap., 15.10.46, L. L., 44, 304; C. Ap. Curuzú Cuatía, 14.10.54, J. A., 1954, IV, 331).

35. — En fin, otros fallos dijeron que no había "abuso del derecho", donde debieron expresar que no había hecho ilícito (C.

Civ. 1° Cap., 18.10.26, J. A., 22, 879; C. Ap. Civil Cap., S. "D", 10.9.54, L. L., 77, 401).

b) *Interdicto de obra nueva.*

36. — En esta materia se cita erróneamente por algunos autores un fallo como ejemplo de aplicación de la teoría, cuando lo que se decidió en definitiva era que, de haber existido responsabilidad, ella se habría fundado en la existencia de un hecho ilícito, en la culpa, y no en el "abuso del derecho" (C. 1° C. C. La Plata, 24.6.32, J. A., 38, 897 y S. C. Bs. As., 30.11.34, J. A., 48, 623).

c) *Juicio ejecutivo.*

37. — Por lo que se refiere al juicio ejecutivo, el principio general es que en el mismo no es invocable el "abuso del derecho" (C. 2° C. C. La Plata, 21.2.56, J. A., 1956, II, 72).

38. — Se invocó en alguna ocasión el "abuso del derecho" donde había hecho ilícito (C. Ap. Civ. Cap., S. "B", 12.11.52, J. A., 1952, IV, 445 y L. L., 69, 7).

39. — En los dos casos a nuestro juicio más importantes, en que se invocó la teoría, no se dio ninguno de los requisitos que según las diversas doctrinas autorizan a decidir la existencia del "abuso", y el primero de ellos es una demostración elocuente de las monstruosidades jurídicas a que puede llegar un fallo en su afán de hacer aplicación de la teoría (C. Ap. Civ. Cap., S. "A", 18.10.57, L. L., 81, 530; C. Ap. Com. Cap., S. "A", 31.3.54, J. A., 1954, III, 879).

d) *Desalojo.*

40. — Las juicios de desalojo en que se echó mano de la teoría del "abuso" se fundaron en realidad en textos legales (C. Ap. Civ. Cap., S. "B", 16.7.52, J. A., 1952, IV, 41; C. Paz Cap., S. IV°, 18.10.55, L. L., 81, 218; C. Ap. Rosario, S. III°, 14.5.48, L. L., 51, 403).

e) *Demanda; querrela; incidente.*

41. — En materia de demandas, querrelas e incidentes, la procedencia o improcedencia de la pretensión, la exención de imposición de costas y la existencia o no de responsabilidad se determinarán por la existencia o inexistencia de derecho, de razón probable probable para litigar y de dolo o culpa y no por la teoría del "abuso del derecho" superfluentemente invocada (C. Fed. Cap., 6.4.34, J. A., 46, 31; C. Ap. Trabajo Cap., S. IV°, 24.4.53, J. A., 1953, IV, 424; C. 2° Ap. Santa Fe, 21.12.54, Juris (Rosario), 6, 281; C. Ap. Com. Cap., 15.7.38, L. L., 11, 334; C. Civ. 2° Cap., 27.12.38, L. L., 13, 110; C. Civ. Cap., S. "D", 20.4.54, J. A., 1955, I, 145 y L. L., 75, 208).

E) OTROS FALLOS Y CASOS.

a) Derecho Administrativo.

42. — En materias vinculadas al derecho administrativo, mencionó innecesariamente el "abuso del derecho" el fallo que dijo que tal abuso no existía, cuando lo que quiso decir era que no existía ilegalidad ni despojo en la ocupación inmediata de un inmueble expropiado (C. S., 23.240, J. A., 69, 594 y L. L., 17, 674).

43. — Lo mismo cabe decir de aquellos fallos que consideraron existía "abuso del derecho", cuando lo que en realidad había era violación del contrato y de la ley (C. S., 6.1044, J. A., 1944, IV, 735), o responsabilidad administrativa por haberse ejercido la función fuera de los fines de la ley (C. Civ. 1º Cap., 23.546, J. A., 1946, II, 597), o por la revocación de una concesión (S. C. Ba. As., 1.12.53, D. J. B. A., 564, XLI, 71), o aplicación de disposiciones referentes al "principio de prueba por escrito" y a la legítima defensa (C. 2º C. C. La Plata, 19.849, L. L., 57, 31), o responsabilidad fundada en el art. 1169 C. C. y en la existencia de culpa y daño (C. Fed. Rosario, 27.541, L. L., 23, 237).

b) Denuncia.

44. — En materia de denuncias, carece de objeto hablar de inexistencia de "abuso del derecho" cuando la denuncia es legítima (C. 1º C. C. La Plata, 8.747, J. A., 1947, II, 835 y L. L., 47, 589), o de denuncia abusiva allí donde sólo puede hablarse de denuncia dolosa o culposa (C. Com Cap., S. "B", 18.553, L. L., 80, 103; S. C. Tucumán, 28.9.51, L. L., 66, 414).

c) Inacción.

45. — En materia de inacción, un fallo que obligó a hacer lo que la ley no mandaba, invocando la teoría del "abuso", constituyó un caso de prevaricato (Cám. Central Paritaria, 18.12.52, J. A., 1954, II, 158 y L. L., 77, 111) y otro que, referente a la responsabilidad por la inacción, mencionó innecesariamente la doctrina, admitió que tal responsabilidad sólo existe cuando hay culpa u obligación de obrar (C. Civ. 2º Cap., 18.839, J. A., 67, 556 y L. L., 16, 198).

d) Otros casos de invocación innecesaria, absurda o grotesca de la teoría del "abuso del derecho".

46. — La teoría fue innecesariamente mencionada en un fallo en la aplicación analógica de una ley (C. 2º C. C. La Plata, 13.10.53, J. A., 1954, I, 248); fue absurdamente invocada en las decisiones judiciales que expresaron que el "abuso" existiría si se recono-

ciese un derecho a quien carece de él (C. Civ. Cap., S. "D", 1.953, J. A., 1954, I, 114), o si no se anulase el matrimonio que se debiese anular (idem, 10.8.54, J. A., 1954, IV, 226) ; y fue, por último, grotescamente invocada en un fallo que expresó que ella permitía apartarse del principio "dura lex sed lex", y tener por auténtico un documento que, por expresa disposición de la ley, no lo era por faltarle la legalización del Tribunal Superior correspondiente (C. Civ. Com. Especial y Cont. Adm. Cap., 18.12.51, J. A., 1952, II, 336, y L. L., 66, 498).

II — CONCLUSIONES

a) *La invocación jurisprudencial del "abuso del derecho" ha sido casi siempre inútil o errónea.*

1. — De los ciento treinta fallos que hemos analizado (el capítulo precedente contiene la síntesis de dicho análisis con respecto a ciento siete fallos) hemos encontrado cincuenta en los cuales no se hizo aplicación de la "teoría del abuso" o ni siquiera se la mencionó. En otros setenta fallos hemos constatado que la teoría se mencionó o invocó inútilmente, pues las respectivas decisiones se fundaron expresamente en disposiciones legales. Y otras dos sentencias que se fundaron en el "abuso del derecho" lo fueron con evidente error, ya que pudieron y debieron hacerlo sobre la base de normas legales (Ver cap. anterior, N° 11).

b) *Además de errónea, la invocación de la teoría ha sido, en algunos casos, peligrosa y perniciosa.*

2. — Quedan sólo ocho casos en los que las decisiones que los resolvieron sólo pudieron hacerlo en la forma que lo hicieron, invocando la teoría del "abuso del derecho" (Ver cap. anterior, Nos. 7, 28, 31 (Cám. Ap. Mercedes), 39, 45 (Cám. Centr. Paritaria) y 46 (Cám. Civ. Com. Esp. y Cont. Adm. Cap.). Basta la lectura de tales fallos para constatar que las decisiones a que los mismos arribaron fueron erróneas y/o injustas y, con ello, lo peligrosa y perniciosa que puede resultar la invocación de la teoría.

c) *La teoría del "abuso" reposa sobre una base falsa.*

3. — Pero, aparte de esos títulos, la teoría puede merecer otro, que es la razón de ser de los demás: es falsa, porque reposa sobre una base falsa: la confusión del "abuso de los derechos" con la "relatividad" de los mismos, puesta brillantemente de relieve por Allende en un estudio publicado en 1956 que, hasta el presente, no ha recibido réplica (Allende, Guillermo L.: "Relatividad de los

derechos y Abuso del derecho (Dos principios distintos confundidos en la doctrina)", *La Ley*, t. 83 (secc. doctr.), pág. 923/926).

d) No existe una "teoría del abuso del derecho".

4. — ¿Es que acaso existe realmente una "teoría del abuso del derecho"? La respuesta negativa se impone, porque lo que existe al respecto son distintas teorías que, sin razón valderra, pretenden englobarse en la denominación de "teoría del abuso del derecho", ya que no podría encontrarse otro "común denominador" que las abarcara a todas ellas que el que, con toda precisión, ha enunciado Allende: "Consiste en la existencia de una norma que autoriza al juez, en determinados casos, a no otorgar un derecho expresamente establecido en la ley" (Allende, Guillermo L., *public. cit.*). Pero esas diversas teorías difieren entre sí, en tal grado, que alguna de ellas está más distante de las otras que de la negación del "abuso".

5. — Es lo que ocurre con el sistema del C. C. Alemán, al no permitir el ejercicio del derecho cuando no tiene otro propósito que el de perjudicar a alguien, sin interés o beneficio alguno para su titular. Partiendo de la concepción jurídica que admite la existencia del derecho subjetivo, y definido éste como un "interés jurídicamente protegido" (Ihering), mediante un "poder atribuido a una voluntad" (Savigny), es claro que tendríamos que aprobar la solución del C. C. Alemán, pero no porque en tal supuesto —inexistencia de interés para el titular— haya "abuso del derecho", sino porque en tal situación no existiría derecho, de acuerdo al concepto que de éste se ha dado.

e) Consecuencia de la identificación del "abuso del derecho" con la relatividad de los derechos.

6. — Ahora bien, coloquémonos por un momento dentro del planteo de los partidarios de la "teoría del abuso", que identifican la misma con la relatividad de los derechos y, entonces, uniremos nuestra voz a la del gran jurista y maestro que dijo: "No puede haber discrepancias en punto al «abuso del derecho». La discrepancia existe en esto: en la determinación del «abuso del derecho». Yo siempre he considerado peligroso atribuirlo a los jueces. No porque presuponga su falibilidad o arbitrariedad; muy al contrario, sino su incompetencia para suplir la función legislativa" (Bleisa, Rafael, en "Actas del 2º Congreso Nacional de Derecho Civil", I, pág. 173).

f) El verdadero sentido de la "teoría del abuso".

7. — La oposición entre los partidarios de la teoría del "abuso del derecho" y sus impugnadores tiene, en el fondo, una raíz jus-

filosófica. Substitúyanse los términos "abuso del derecho" por la palabra "injusticia" y en nada habrá cambiado el pensamiento de los sostenedores de la teoría. Arrojen, pues, sus partidarios la "máscara del abuso" y la oposición de que tratamos se pondrá al descubierto, por un lado, como la oposición entre el Derecho Natural y el Derecho Positivo, entre la Teoría del derecho natural y la Escuela histórica del derecho y, por el otro, como un reflejo del dualismo jusfilosófico: el "concepto del derecho" y la "idea de la justicia".

22

NOTAS Y COMENTARIOS



LOS TRABAJADORES DE LA NAVEGACION ACUATICA

(Gente de mar: contrato de ajuste)

Por
JOSÉ JUAN FERNÁNDEZ

I. — CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE TRABAJADORES DE LA NAVIGACIÓN POR AGUA.

Serios problemas plantea el enunciado, contra lo que pudiera suponerse. En toda la gama de conocimientos humanos definir es, científicamente hablando, la última etapa del proceso del saber. No obstante, trataremos de realizar una crítica constructiva, doctrinaria y jurisprudencial, adecuada al fin propuesto. Múltiples son los interrogantes que el "sub-exámine" plantea: ¿es adecuada la denominación "gente de mar"? ¿Quiénes no desempeñan tareas técnicas estrictamente navales, lo son? ¿Pueden hacerse distinciones por el tipo de aguas, o por la forma de remuneración?

Debemos buscar, de una vez por todas, un criterio rigurosamente científico, cierto y seguro, para arribar a soluciones no problemáticas. Dêmos a todo lo largo de este trabajo que lo que prima sobre toda otra consideración, es la actividad: *navegar*. Toda persona que trabaje en relación de dependencia, coadyuvando a la navegación, cae indefectiblemente dentro del concepto de "gente de mar" — denominación que aceptamos como provisoria. Recalquemos, pues, que este trabajo subordinado, debe posibilitar el arte o técnica de *navegar*.

Con el criterio enunciado fácil es concluir que, el capitán, los oficiales, los pilotos, los sobrecargos, los contramaestres y los marineros están comprendidos, a no dudarlo, en el concepto de referencia. Pero siguiente por la misma "ratio iuris", lo serían también los estibadores ("dockers" para el common law), porque el trabajo de ellos hace directamente a la actividad de *navegar*. El buque que llega al puerto de destino con pleno cargamento, ha cumplido hasta

ese lugar su cometido. Pero para que lo finalice, es necesario vaciar sus bodegas, cargarlo con mercaderías de retorno o ponerlo en lastre, para que pueda navegar en seguro. Idéntica solución cabe con respecto a los guincheros portuarios, porque su necesidad fáctica es evidente para la navegación, así como en casos similares.

No otro es el concepto de "infraestructura" que predomina en el derecho aeronáutico. Por el contrario, no podrá afirmarse que los camiones o auxiliares ferroviarios —por ejemplo— lo sean. Su falta no afecta en forma directa a la navegación; muy distinto es descargar el buque, operación imprescindible, que trasladar por tierra las mercaderías o personas ya desembarcadas. Por las mismas razones, tampoco entre en el concepto, el personal de los armadores que, permanentemente, trabaja en tierra en las oficinas; los apuntadores de carga y descarga; los intérpretes de aduana y los agentes marítimos, porque la falta de ellos no paralizará la movilidad material de la nave.

La doctrina jurídica no es acorde con el claro criterio distintivo aquí sustentado. Algunos autores toman como punto de partida el lugar donde se prestan los servicios, exclusivamente, —el buque— como Mezzera Alvarez, para quien en "... la denominación genérica de "gente de mar", se comprende a todas aquellas personas que se obligan, frente al armador, a trabajar a bordo de un buque, especialmente durante su navegación...", agregando que "... es el lugar donde trabajan, más que la clase de tareas que cumplen, lo que permite distinguirlos de otros empleados u obreros también al servicio del armador que, si bien desarrollan una actividad estrechamente relacionada con la expedición marítima, la cumplen normalmente en tierra." ("Derecho Marítimo", Montevideo, 1954, p. 229). Obsérvese la contradicción, cuando reconoce la calidad de quienes se desempeñan en tareas "estrechamente" relacionadas con la "expedición marítima".

En suma, el criterio que sostenemos, para concretar qué debe entenderse por "gente de mar", elucida indiscutiblemente el punto, si se tiene como cierto que "... los hechos y cosas, así como las personas que son titulares de estas relaciones, se hallan unidos por una característica común, la navegación, que es el ambiente especial en que todas ellas se desarrollan." (Atilio Malvagni, "Derecho Laboral de la Navegación", p. 1).

Por ello, resulta irrelevante la pretensión de establecer distinciones o exclusiones conceptuales, fundándose en el tipo de aguas (marítimas o fluviales), en la forma del pago de las remuneraciones (a sueldo fijo, o a la parte, o por viaje redonda, etc.), en el modo de prestar los servicios ("embarcados" o "personal a órdenes") o por la mayor o menor importancia de la actividad o empresa que utiliza a la navegación para sus objetivos propios.

Resulta por ende criticable la postura que excluye a los tripulantes fluviales o de cabotaje de la llamada "gente de mar"; por lo que esta denominación pierde su exactitud y su razón de ser. El vocablo, usado desde tiempo inmemorial, no responde a la realidad del concepto. Nosotros propiciamos la siguiente denominación: *trabajadores de la navegación acuática*, agregando esta última palabra para distinguirlos de los *aeromavagantes*. Reconoce Malvagni la exactitud del concepto, cuando expresa "...que el libro III del Cód. de Com. rige tanto la navegación marítima como la interna..." y agrega enseguida que "...sin embargo, el hablar de derecho de la navegación entendemos referirnos únicamente a estas dos clases de navegación, excluyendo a la aérea, ya que, fuera de las disposiciones de aquel libro no han sido dictadas para esta última clase de navegación..." (op. cit. p. 2).

Resulta útil señalar que el "Digesto Marítimo y Fluvial" (ed. 1947), pese a ser norma de jerarquía inferior al Código, es aplicado tanto o más que éste, por la autoridad que ejerce el poder de policía en esta materia (Prefectura Nacional Marítima, ley 3.645) así como por las personas privadas. Aparte de su nombre —"marítimo y fluvial"— de por sí bastante sugestivo, el art. 1222 dispone que "...toda persona que ejerza profesión u oficio en los buques de la Matrícula Nacional debe inscribirse en el Registro Gral. de la Prefec. Nac. Marit.; y el art. 1223 agrega que este cuerpo legal comprende a las siguientes profesiones y oficios: capitanes de ultramar, capitanes de cabotaje, pilotos, pilólines, baqueanos, prácticos, patrones, maquinistas navales, conductores de máquinas de vapor, conductor de motores, radiotelegrafistas, marineros, foguistas, carboneros y auxiliares, aprendices marineros, etc. Todos, sin distinción, deben portar una "libreta de embarco" visada por la autoridad respectiva. Adviértase que las distintas denominaciones no autorizan a diversificar jurídicamente la actividad profesional.

"El personal de las embarcaciones de servicios exclusivamente portuarios —dice Malvagni— como ser remolcadores y lanchas, diques flotantes, chatas, etc., ha estado sometido a la misma legislación hasta la creación de la Justicia del Trabajo (año 1945)" (op. cit. p. 62) y agrega que "...los tribunales de este fuero han asimilado al referido personal al trabajador terrestre, por aplicación extensiva de lo dispuesto en el art. 206, Cód. Com..."

Vista dicha jurisprudencia, no se ve con qué base legal se excluye al "comisario" o "sobrecargo de a bordo" que se desempeña en barcos fluviales; la circunstancia de que sus tareas sean administrativas —lo que es inexacto porque su función primordial es el mantenimiento del orden público— no arrastra como lógica consecuencia que su oficio no sea fundamental para la navegación; tal planteo es, pues, altamente criticable. (Cim. Nac.

apls. Trabajo, Sala I, 14/6/1950 — autos "Nápoli Francisco c/ Carabela S.R.L. s/despido" — Jur. del Trab. 6/8/1950). Igualmente, disientimos con la exclusión del personal de remolcadores, ya que sin el concurso de estas pequeñas naves, no podría desarrollarse la actividad debido a la escasa o nula maniobrabilidad de los paquebotas. (Cám. Nac. Apl. Trab., Sala I, 5/6/1948 — autos "Diferencia Vicente c/Carusi Pascual y Cia. s/despido"— "G. de P.", 9/9/1948).

Recientes fallos han virado en redondo, adoptando la buena doctrina de la amplitud conceptual del vocablo "gente de mar", y su consecuente régimen legal aplicable, pudiendo citarse entre otros los autos "Torres, Rosario c/López García, Juan Valentín s/despido" (sent. 153 del 30/IV/1959), "Miceli Angel Antonio c/ Cía. Arenera del Viscaíno s/despido" (sent. 741 del 30 de noviembre de 1959), "Massóte Gilberto y otro c/F.A.N.U. s/despido" (sent. 899 del 18/3/1960), "Lara Rufino Domingo c/Cía. Arenera del Viscaíno s/despido" (sent. 906 del 18/3/ 1960) y, sobre todo, "Arroyo, Fabián Carlos c/Administración Gral. del Transporte Fluvial s/despido" (sent. 1001 del 9/5/1960) — todos de la Sala V de la Cám. Nac. Apl. Trab.— realizando un exhaustivo estudio en el último de los citados, el Juez de Cámara que llevara la palabra en el acuerdo, doctor Juan Bautista Fleitas h., a cuyos argumentos me remito en homenaje a la brevedad.

También se han querido establecer diferencias teniendo en cuenta la importancia mayor o menor de otras actividades con respecto a la navegación. Se dijo: "no puede ser considerado como "gente de mar"... el personal de las embarcaciones destinadas al transporte fluvial, pertenecientes a los frigoríficos instalados en el país, utilizadas para transportar los productos que fabrican, a distintas zonas del país o puertos de cabotaje o embarque". "La del transporte es una actividad secundaria y accesoria de la principal y específica que despliegan, consistente en la industrialización de la carne y sus derivados" (Cám. Nac. Apl. Trab., Sala I, 28/9/1950). Esta comparación de actividades no es admisible, atento que, desde el punto de vista de cualquier empresa o persona individual, su objetivo económico propio será siempre más importante que la navegación, cuando llegue el caso de usar ésta para obtener aquél. No menos irrelevante es, el que el frigorífico sea propietario del navío, por dos razones: 1º Porque un régimen como el del Libro III del código de Comercio es aplicable a las relaciones jurídicas que encuadra en sus lineamientos, sin importar la tipificación que le asignan las partes; y 2º Porque la unidad de empresa no implica, ni mucho menos, unidad de actividad profesional o laboral.

Tampoco puede fundarse la exclusión de los tripulantes fluviales del concepto estudiado, en el art. 206 del Código de Comer-

cio, ya que el mismo se refiere exclusivamente al transporte como contrato referido a las mercaderías, vale decir, al *fletamento*, pero ninguna influencia tiene sobre las relaciones laborales de a bordo. (Cfr. "in re" "Micoli o/Arenera del Vizcaíno", supra cit., donde se señala la redacción primitiva del art. que nombraba expresamente al "Dieze").

Asimismo, deben rechazarse los distingos fundados en las diversas formas de hacerse efectiva la remuneración del obrero naval (cfr. Malvagni, op. cit., p. 141).

Por todo lo expuesto, damos la siguiente definición: "Los trabajadores de la navegación acuática son los trabajadores dependientes o subordinados, cualquiera sea su jerarquía, al servicio de un patrono armador que realizan, en virtud del contrato de ajuste o por simple relación de trabajo naval, las tareas propias de su oficio, directamente coadyuvantes y estrechamente relacionadas con la explotación naval, cuya actividad medular es la navegación, y cualquiera sean los fines de ésta, a cambio de las contraprestaciones a que tengan derecho en virtud de la ley o de la estipulación privada."

II. — DERECHO DE LA NAVEGACIÓN Y DERECHO SOCIAL.

Es evidente que dentro de la actividad regida por el derecho de la navegación, se distinguen claramente los hechos y actos que configuran trabajo; y más aún, trabajo en relación de dependencia, con lo que se observa una zona de superposición de ramas jurídicas.

Se ha dicho acertadamente que "el trabajo dependiente al servicio de otro es el hecho fundamental y el presupuesto sociológico del derecho del trabajo" (Krotoschin, I, p. 4). No vamos a entrar a analizar las características que configuran este tipo de trabajo, que presuponemos conocidas y más propias de un Tratado General de Derecho Laboral o Social, pero caben algunas anotaciones para clarificar conceptos necesarios. "El derecho del trabajo —dice Krotoschin— es el conjunto de principios y normas jurídicas destinados a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la sociedad, el que se limita al trabajo prestado por trabajadores dependientes, comprendiendo todas las consecuencias que en la realidad social surgen de ese presupuesto básico y cuyo sentido intencional apunta a lo jurídico."⁵ ("Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", t. I, p. 5). A esta definición, aceptable en sus rasgos generales, le criticamos el hecho de que no debe hablarse de una rama de las Ciencias Jurídicas diciendo que se compone de un conjunto de normas, porque la ciencia es siempre orgánica, debiendo hacerse referencia a "sistema" de normas.

En el moderno desarrollo de la Ciencia del Derecho resulta ya anticuada la denominación "derecho del trabajo", por haber llegado a involucrar un significado genérico comprensivo de materias significativamente ajenas al trabajo subordinado "strictu sensu", tales como la seguridad social y el derecho sindical. Sin entrar en detalles, adoptamos sin hesitación el vocablo "derecho social", al que definimos diciendo que "es la rama de las Ciencias Jurídicas que constituye un sistema de normas que rigen al trabajo prestado por trabajadores dependientes, comprendiendo todas las consecuencias jurídicas y sociales emanadas de tal presupuesto; la previsión y seguridad social; y las relaciones pacíficas y los conflictos de interés de las clases activas de la sociedad organizada". Podemos decir, pues, que el Derecho Social está integrado por las sub-ramas jurídicas Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Sindical.

Concretando el tema, podemos afirmar con Malvagni que "las antiguas normas aplicables al tripulante eran, en general, redactadas y estaban dirigidas en su espíritu, antes que a amparar al tripulante, a proteger los intereses del armador, eliminando los obstáculos que aquél hubiera podido crearle en el desenvolvimiento de la expedición (op. cit. p. 7). Agrega más adelante que "dentro del derecho del trabajo moderno, los tripulantes son menos los integrantes de una expedición marítima de carácter comercial, que los integrantes de la clase trabajadora, cuyos componentes gozan de una protección especial del Estado" (op. cit. p. 8).

En el devenir histórico de las categorías y funciones de los integrantes de una expedición naval reconocemos, en efecto, que los tripulantes provienen, en su función específica, de los antiguos galeotes o delincuentes castigados, o enemigos capturados y sometidos a la esclavitud, en tanto, la figura del Capitán se confundía con la del Armador, circunstancia ésta que nos da la pauta de la exclusión del comandante de la nave del concepto de "gente de mar", en la redacción de los primitivos cuerpos legales de la materia. En nuestra era, los intereses económicos deben ceder ante el interés estatal de proteger a los trabajadores, debiendo destacarse que, con la evolución, el Capitán se ha convertido en el "primero de los proletarios del mar", no obstante seguir conservando muchas de sus vieja atribuciones. Pero si bien es cierto, los sistemas legales que rigen esta actividad laboral nunca podrán desprenderse sino hasta cierto límite, de las normas del Derecho de la Navegación, o de las del Comercial, por la influencia decisiva del ambiente y de la técnica, no pueden extraerse de ahí falsas conclusiones, mejor llamadas pretextos, para excluir a estos esfordados trabajadores de la protección social a que tienen derecho por ser, sencillamente, eso: trabajadores.

Afirmamos: los trabajadores de la navegación acuática están regidos por el Derecho Social, en tanto las normas del Derecho de la Navegación o las del Comercial tienen un valor tan solo auxiliar o interpretativo. Por ello, discentimos vivamente con argumentos como los expuestos en trabajos recientes, que serán objeto de análisis más adelante (véase "Consideraciones sobre el contrato de ajuste", por Alfredo Mohorade, diario *La Ley* del 12 de julio de 1960, adverso a nuestra tesis). Adoptar en puridad el criterio de la "empresa" naval, o el de la "tipicidad" extraña al contrato genérico de trabajo, no es sino un pretexto para dar por tierra con la defensa de los justos derechos a que son acreedores los trabajadores de la navegación acuática; ello, solo podría considerarse como un retroceso en la vieja lucha que sostiene la humanidad para obtener el respeto del esfuerzo ajeno que, en última instancia, sería un retroceso de la sociedad. No debe olvidarse jamás que la insatisfacción de necesidades elementales y la postergación de un grupo o grupos en la sociedad, lleva, tarde o temprano, a la violencia y la búsqueda de sus objetivos por medios atentatorios de la concordia la cual, en definitiva, debe reinar para posibilitar ascensos paulatinos en lo económico, en lo político y en lo social; y aun por cosas benéficas, en el plano individual o empresarial.

III. — CONTRATO DE AJUSTE: DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA.

El punto que pasamos a analizar es de importancia esencial en el presente estudio.

El art. 1137 del Código Civil, expresa: "hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos". Por otra parte, el doctor Krotoschín define al contrato de trabajo diciendo: "es el contrato por el cual una persona (trabajador) entra en relación de dependencia con otra (patrono), poniendo a disposición de éste su capacidad de trabajo, y la otra se compromete a pagar una remuneración y a cuidar que el trabajador no sufra daño a causa de su estado de dependencia" ("Tratado...", t. I, p. 171).

El art. 984 del Código de Comercio (Libro III, Título IV), define al contrato de ajuste como sigue: "El contrato que se celebra entre el capitán y los oficiales y gente de la tripulación de un buque, consiste, de parte de éstos, en prestar sus servicios para hacer uno o más viajes de mar, mediante un salario convenido, y de parte del capitán, en la obligación de hacerles gozar de todo lo que les sea debido en virtud de la estipulación o de la ley". Los errores de la definición del código son —a nuestro juicio— los siguientes: 1º) No se menciona para nada al elemento

fundamental de todo contrato de trabajo, la dependencia o subordinación —jurídica y económica— del trabajador; y 2°) La expresión "uno o más viajes por mar" es falsa porque, no nos cansaremos de repetirlo, el contrato en cuestión comprende las relaciones humanas originadas en cualquier tipo de aguas, pero en una misma actividad: navegar, provocar el desplazamiento artificial, por medios humanos, del objeto esencial de la materia, el buque. A mayor abundamiento, cabe señalar que el propio capitán, situado por la definición del codificador como parte armatorial, no deja de ser, en nuestros días, sino el de más jerarquía de los dependientes navales, pero no por ello, menos subordinado en el sentir del derecho del trabajo, situación similar a la que se origina en el estudio del gerente de las sociedades terrestres. (Cfr. Henneblecq, "Principes de Droit Maritime Comparé", Bruselas 1910, tomo I, n° 235).

Para el doctor Atilio Malvagni, el "contrato de ajuste es el contrato de trabajo subordinado que se celebra entre el armador o su representante, por una parte, y el oficial o tripulante, por la otra, y en virtud del cual éstos se comprometen a prestar a bordo de un buque los servicios propios de su categoría" (op. cit. p. 54). Por ello resulta falso —como lo sostiene el doctor Mohorade— atribuir al eminente tratadista argentino la absorción del vínculo tripulante-armador por la noción de empresa. No negamos este último concepto, pero afirmamos rotundamente que él es ajeno al contrato de ajuste (ver "Consideraciones sobre el contrato de ajuste", por Alfredo Mohorade; La Ley, diario del 12/7/1960). La crítica no es novedosa, y el autor glossado debió tener en cuenta de que "tampoco hay que exagerar la idea institucional de empresa, en tanto y en cuanto se quisieran sacar conclusiones de ella para el derecho...", no debiendo "... atribuirse, tampoco, importancia decisiva al hecho de la incorporación efectiva del trabajador a la empresa". (Krotoschín, "Tratado...", t. I, n° 28, donde se dan valiosos argumentos a los que adherimos sin hesitación).

Nosotros damos la siguiente definición, debiendo perdonárenos la extensión de la misma, porque hemos concretado un esfuerzo tendiente a la cabal aprehensión de lo que es substancial en la relación jurídica estudiada:

"El contrato de ajuste o enrolamiento naval es el contrato de trabajo en relación de dependencia que —en el ámbito peculiar de la actividad "navegar"— se celebra entre la persona, física o jurídica, del armador (patrono), o su representante, y el capitán, oficiales y demás miembros de la tripulación sin distinción de jerarquías o denominaciones, por el cual éstos se comprometen a la prestación de los servicios propios de su profesión, con el objeto de hacer o de estar dispuestos a hacer uno o varios viajes

por aguas navegables, en un buque, cualquiera sea su clase o tonelaje y la finalidad accesorio perseguida por el titular de su explotación —comercio, pesca, caza marítima, investigación científica, turismo, deporte o placer— mediante una remuneración convenida cualquiera sean sus modalidades de pago; y aquél, a hacerles gozar de todo lo que les sea debido —a más de dicha remuneración— siendo los derechos y obligaciones de las partes, emanación del contrato privado (art. 1197 del Cód. Civil), de la Convención Colectiva (arg. ley 14.250), los reglamentos de la empresa y/o de la Ley". Al lector, dejamos librada la crítica de esta caracterización del ajuste.

Hemos procurado destacar: 1°) la actividad "navegar" como fundamental; 2°) la relación de dependencia; 3°) la inclusión del capitán (arts. 904 y sigts. del Cód. Com.); y de todos los que presten algún servicio relacionado con la navegación, como ser, pilotos y contramaestres (arts. 970 y sigts. del cód. cit.), sobrecargos (arts. 977 y sigts.), baqueanos y prácticos, etc.; y 4°) la destrucción de distincos y exclusiones perturbadoras, basados en elementos accesorios de lo sociológico-laboral de la navegación (salarios, aguas, buques, nombres de categorías, etc.).

Las dudas en lo que hace a la inclusión del capitán en la definición dada, se disipan ante disposiciones expresas de la propia ley; así, el art. 919 comienza diciendo: "El capitán que habiéndose ajustado...", etc.

Caracterizado pues el ajuste como una especie del género contrato de trabajo, no siempre se aceptó tal encuasillamiento de su naturaleza jurídica. A más de la teoría de la "empresa", que ya criticamos brevemente "ut supra", a la que cabe agregar que es una teoría extraña al campo del derecho en general y del derecho del trabajo en particular, se dijo que es una asociación —sociedad— de derecho público (Ripert), punto de vista exhaustivamente criticado por los autores más destacados, por lo que nos consideramos eximidos de hacerlo nosotros (cfr. Malvagni, op. cit. p. 63; Mezzera Alvarez, op. cit. p. 236; Antonio Scialoja, "Sistema del diritto della Navigazione", Roma 1933, p. 361; entre muchos otros).

IV. — PRUEBA DE SU EXISTENCIA Y DE SU CONTENIDO.

Con referencia a la prueba, es necesario destacar que el conjunto de requisitos exigidos por el Código de Comercio, lo son "ad probationem" y no "ad solemnitatem", requiriendo no obstante forma escrita. La ausencia de ésta no impediría, por otra parte, la prueba de la labor efectivamente prestada por el subor-

dinado naval, ya que se trataría de meros hechos factibles de ser aprobados por todos los medios que no contraríen la moral, las buenas costumbres y el orden público.

Existe una discrepancia doctrinaria en cuanto a la diversa jerarquía de los instrumentos probatorios que menciona el Libro III Cód. Com., ya que, mientras algunos autores se inclinan por dar prevalencia a la matrícula o rol (Malvagni, op. cit. p. 85), otros le asignan mayor relevancia al documento privado especial suscripto entre las partes (Messera Alvarez, op. cit. p. 239). La discusión carece de relevancia práctica si se tiene en cuenta que, en nuestro país, interviene en la celebración la autoridad de contralor marítimo.

Para solucionar la discordancia es menester atenerse a las disposiciones legales, pese a la aparente confusión reinante en el Código. El art. 964 "in fine" dispone que "las condiciones del ajuste entre el Capitán y la gente de la tripulación, en falta de otros documentos, se prueban por la matrícula, o rol de la tripulación". Sólo desvirtuando "in integrum" la clara disposición legal, podría suponer una interpretación "a contrario sensu" de lo prescripto, a saber: que la matrícula o rol tiene carácter supletorio frente a la no existencia de otra documentación de mayor valor, y ésta última no puede ser sino el documento suscripto entre las partes, que conforma el contrato de ajuste en su más clara expresión. Disentimos, pues, con la opinión sustentada por Malvagni. No debe olvidarse que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (Art. 1187, Cód. Civil) y no es posible desvirtuar este principio, dejando sin efecto cláusulas contractuales recíprocamente convenidas por no concordar con los asientos hechos en el rol, aun cuando —como lo sostiene Malvagni— este sea un instrumento público. Este mismo autor afirma que una de las finalidades de la matrícula es la de "... registrar los contratos de los tripulantes..." (op. cit. p. 85), con lo cual se da por sentado la existencia anterior del contrato de ajuste, cuyas cláusulas son transcriptas tal cual en presencia de la autoridad naval. Además, se cita precisamente una disposición legal extranjera favorable a la tesis que propugnamos, ya que el art. 404 del Reglamento de Capitanías del Brasil dice: "cuando no hay contrato escrito de ajuste entre Capitán o Patrón de buque y los miembros de la tripulación, este contrato será reemplazado por el rol". Carecen por otra parte de relevancia los argumentos esgrimidos por el autor citado cuando, para fundar su criterio, alude a la tendencia de las más modernas legislaciones marítimas, desde que el progreso doctrinario que se verifica en el Derecho Comparado no es suficiente, en la actual etapa, para justificar un apartamiento de las leyes de la Nación: "dura lex, sed lex".

El instrumento celebratorio no es frecuente en el ajuste de los tripulantes, observándose el fenómeno contrario en la contrata de capitanes y oficiales, por razones obvias. No deja de tener importancia el lugar de celebración a los efectos de determinar la legislación aplicable. Así, se decidió que "debe considerarse celebrado el contrato de ajuste en el puerto de Buenos Aires, si en él fué formalizado y por viaje redondo" (Cám. Nac. Apta. Trabajo, sala IV, 13/6/1957; "in re" "Bogado Juan B. c/Cia. Arg. de Pesca" —La Ley 91-665).

El Código nos habla también de las "notas firmadas" y del "libro de cuenta y razón": en principio, ambos tienen valor probatorio para el caso de faltar el contrato privada, y la matrícula o rol. Mas, ¿cuál de éstos reviste prioridad?; nos inclinamos por la primacía de la nota firmada. El art. 987 dispone que "los capitanes tienen la obligación de llevar asiento formal de todo lo concerniente a la administración del buque y ocurrencias de la navegación, teniendo al efecto tres libros distintos, encuadernados y foliados, cuyas hojas se rubricarán por la autoridad a cuyo cargo estuviere la matrícula de los buques, so pena de responder por los daños y perjuicios que resulten de la falta de asientos regulares", agregando que "...en el segundo libro, con el título: "De cuenta y razón", se asentará en forma de cuentas corrientes, todo lo que el capitán reciba y expenda relativamente al buque, y puede dar motivo a la rendición de una cuenta, o a deducir o contestar una demanda; abriéndose cuenta a cada uno de los individuos de la tripulación, con declaración de sus sueldos, cantidades percibidas por razón de ellos y consignaciones que dejen hechas para sus familias". Concordantemente, el art. 987 dispone: "estando el libro de "cuenta y razón" llevado con regularidad, en la forma establecida en el art. 927, hará entera fe para la solución de cualesquiera dudas que puedan suscitarse sobre las condiciones del contrato, a falta de los documentos o constancias a que se refiere el art. 984". Parecería que, a falta de otra constancia, el libro en cuestión es un medio más eficaz que la nota firmada. No es así, y esta conclusión se obtiene no sólo de la letra y espíritu de la ley, sino también de la propia naturaleza y caracteres de dichos instrumentos. El art. 987 "in fine" dispone: "...sin embargo, en cuanto a las cantidades dadas a cuenta, prevalecerán en caso de duda las constancias puestas en las notas de que habla el art. precedente". Pero, ¿en que acaso el libro precitado tiene algún otro asiento que no sea el meramente numérico? La respuesta es negativa, por lo menos entre nosotros, y como acertadamente lo señala el propio Malvagni (op. cit. p. 90), no pueden extraerse de un libro de pura contabilidad las cláusulas que declinan las condiciones del contrato. Además, y aun cuando obre la intervención de la autoridad respectiva, no puede quitarse relevancia al hecho de que el libro "de cuenta y razón" tiene la

desventaja de su unilateralidad (armatorial), frente al tripulante. En cambio, en las notas firmadas se deja constancia fehaciente de las condiciones del ajuste y de las sumas entregadas a cuenta, y, sobre todo, tiene carácter bilateral, ya que es un documento que "... el capitán está obligado a dar a los individuos de la tripulación que lo exigieren" (art. 986). "En la práctica —dice Mezera Alvarez— se da a cada tripulante una libreta, donde se asientan esas distintas constancias" (op. cit. p. 238). Es lo que entre nosotros se denomina "libreta de embarco" expedida por la Prefectura Nacional Marítima; por otra parte, discrepamos con este autor cuando afirma que "las notas tienen mayor jerarquía probatoria sólo en cuanto se refieren a las cantidades dadas a cuenta" (op. cit. p. 239), por las razones que expusimos "ut supra".

Para finalizar el tema, digamos que aunque falte todo medio de prueba del ajuste alegado, puede —por carecerse de la instrumental— emplearse cualquiera que sea idóneo para demostrar la existencia de "relación de trabajo", no alegando el "enriquecimiento sin causa" —como propicia Malvagni (op. cit. p. 92)— sino porque "lo típico del contrato de trabajo consiste, precisamente, en la reiteración de actos ejecutivos por parte de los contratantes; esa misma ejecución continuada o periódica debe ser decisiva, y no el contrato que por sí mismo no la implica necesariamente" (Krotoschin, "Tratado...", t. I, p. 162) agregándose, con el eminente tratadista, que "este nuevo concepto de la relación de trabajo se refiere únicamente a la relación que nace de la ejecución del trabajo, de su prestación, y prescinde de su origen que tanto puede ser contractual como no contractual".

V. — MODALIDADES.

El ajuste, desde el punto de vista de la forma conceptualizada como modalidad, ha evolucionado en concordancia con el progreso técnico de la navegación, rompiendo, por así decirlo, los moldes legales que, en su mayoría —como nuestro código— pueden ser calificados de anticuados. Podemos mencionar el ajuste a la parte, semejante a la sociedad y de la que se distingue por faltar la "affectio societatis"; por mes o —en general— por tiempo; por viaje redondo; y modernamente también, el ajuste "a órdenes" —el más frecuente hoy— (en contra, Cóm. Nac. Trabajo, Sala I —"in re" "Pagani Alfredo c/F.A.N.U. a/despido", sent. n° 18.037 del 29/3/1969; donde se le niega inclusión en la "gente de mar") y el "permanente", que pueden o no confundirse según que el trabajador esté contratado por tiempo indeterminado —en lo que se identifica con cualquier otro trabajo subordinado te-

rrastre— o que lo esté por un lapso de tiempo y a disposición del armador para cubrir eventuales vacantes de los buques en servicio activo.

VI. — LAS NORMAS PÚBLICAS Y EL CONTRATO DE AJUSTE.

La naturaleza de la navegación, con las particularidades que señalamos reiteradamente en el curso de este trabajo y —por otra parte— el control que todo Estado moderno que se precie de civilizado puede y debe ejercer sobre el trabajo subordinado, justifican plenamente el ejercicio del poder de policía en la materia, entendido éste como emanación del "imperium" que lo caracteriza, el cual no obstante, deberá ser ejercido en conformidad con los derechos y garantías enumerados por la Constitución Nacional.

Deben distinguirse dos situaciones fácticas diversas: 1ª, el control público de la nave cumpliendo su itinerario; y 2ª, la que se verifica en la infraestructura naval, desde y en tierra.

El art. 906 del Código de Comercio contiene una norma imperativa de naturaleza jurídico-pública, que no ha perdido ni perderá su fundamento y actualidad, y que es regla genérica firmemente sostenida por la doctrina y la legislación comparada: "El capitán es delegado de la autoridad pública para la conservación del orden en el buque y seguridad de las personas y carga que conduce". El ejercicio de estos poderes se plantea en relación a todas las personas que se hallan a bordo y no sólo respecto de los tripulantes (art. 906, inc. 2ª; art. 904, párrafo segundo) y de ahí que tenga potestad para ordenar arrestos (art. 906, inc. 3ª), tomar conocimiento y asentar todos los hechos jurídicos relativos a las personas (art. 927, párrafo cuarto, incisos 5ª y 8ª; art. 964 y conca.), etc.

El poder de policía ejercido por el Estado desde tierra, tiene su mayor expresión concreta en la organización de una Institución específica, la Prefectura Nacional Marítima (art. 1º, ley 3645), siendo sus fines primordiales: velar por la seguridad en la navegación; llevar el registro de tripulantes (arts. 1222 y 1223 del Digesto Marítimo y Fluvial), otorgar títulos habilitantes (patentes, certificados, permisos —arts. 1132, 1135 y 1160 del D.M.Y.F.), otorgar permisos y libretas de embarco, controlar los "roles" de tripulación (arts. 925 y 926 del Cód. Com.; arts. 315 a 336 del D.M.Y.F.), vigilar el número mínimo de personal a bordo (arts. 378 a 310 del D.M.Y.F.), etc.

La mencionada institución depende de la Secretaría de Marina de la Nación. El art. 26, inc. 13 de la Ley Nacional de Ministerios n° 14.439 del 13 de junio de 1938 (B.O. 17/6/1938), dispone: "Com-

pete al Secretario de Marina: ... El servicio de seguridad de la navegación y la jurisdicción marítima administrativa; formación, capacitación y habilitación del personal de la marina mercante, régimen de los buques y embarcaciones, régimen de matrícula y de propiedad naval; asistencia y salvamento marítimo; policía sobre cumplimiento de convenios internacionales sobre navegación y de las leyes de pesca y caza marítima". Entra en sus facultades, pues, la preservación del cumplimiento, por parte de los armadores, de las leyes 11.727 y 12.232. Resulta por ello extraña, e inaplicable en la práctica, la disposición del art. 15, inc. 12 de la misma ley, cuando declara en la competencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el ejercicio de la policía del trabajo fluvial, marítimo y portuario, con lo que se verifica una superposición de atribuciones ministeriales.

No obstante, cabe señalar la vigencia del Reglamento Funcional de la Sección Trabajo Marítimo de la Dirección Nacional del Servicio de Empleo (Dec. 11.363/58).

VII. — DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE ENCENDRA EL AJUSTE.

El Código de Comercio consigna minuciosamente los derechos y obligaciones del tripulante en el desenvolvimiento del contrato o, en su caso, de la relación laboral de ajuste. En el estudio del epígrafe, tomaremos al trabajador naval como punto de referencia, debiendo tenerse en cuenta que, a cada obligación de éste corresponde un derecho armatorial, y viceversa.

Los derechos del tripulante son: 1. Que se le entregue a su solicitud el documento escrito del contrato en el que deberán asentarse el sueldo y sus modalidades (art. 986); 2. Los alimentos. El art. 988 del Código, dispone en su segunda parte "la obligación de alimentar a los oficiales y hombres de la tripulación durante el viaje, o el tiempo que estuvieren en servicio, se entienda siempre comprendida en el contrato, además de los sueldos estipulados". La obligación de alimentar a los trabajadores de la navegación acútica no es ni más ni menos que una parte integrante de la remuneración o salario. Debe recordarse que, en cuanto a sus modalidades, el pago de toda remuneración laboral puede ser en dinero o en especie. El decreto-ley 33.302/45 (ley 12.921) comprende específicamente el uso de habitación, los alimentos, etc., en el concepto amplísimo que da del salario (art. 2). La remuneración en especie —como la de alimentar— es de interpretación restrictiva por los abusos a que puede dar lugar en desmedro del Trabajador (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 25/11/1962; La Ley 70-265) y cuando debe ser adoptada en forma no contraria a la ley, y cuando circunstancias

especiales de íntima relación con la naturaleza del trabajo así lo impongan. Por formar parte del salario, se debe tener presente para el cálculo de la indemnización por accidente de trabajo naval (cfr. Malvagni, op. cit. p. 102); 3. El buen trato. Este derecho surge como consecuencia de la doctrina general de todo contrato de trabajo subordinado y, en particular, por la interpretación de la 2ª parte del art. 1016 del ordenamiento estudiado; 4. Rops. Nuestra legislación no prevé expresamente tal derecho, pero contrariamente a lo que parece propugnar en este aspecto Malvagni, creemos que, de conformidad con la naturaleza de la actividad y los propios antecedentes del derecho comparado, el derecho existe en el ajuste y es exigible; 5. Recompensa especial. El art. 1009 del Cód. Com. dispone: "Todo servicio extraordinario prestado por los oficiales o individuos de la tripulación, será anotado en el diario, y podrá dar lugar a una recompensa especial". Esta recompensa especial no forma parte de la remuneración. Su naturaleza jurídica está a las claras en su propia denominación: es un premio, una distinción, concreta y apreciable en dinero, y al mismo tiempo un aliciente para que el tripulante se destaque en alguna tarea o evento que proporcione un gran beneficio a la nave. ¿Qué significación tiene la expresión "podrá dar lugar", usada por el codificador? Entendemos que no debe interpretársela con carácter potestativo porque, en tal caso, su inclusión está de más y sería ridículo suponer que la parte que debe soportar una carga la asuma porque la norma se lo aconseja. En nuestra opinión, el juez —de mediar reclamación— apreciará las circunstancias de hecho y la actuación del tripulante, graduando la mencionada recompensa según su ciencia y conciencia; 6. Asistencia y curación (art. 1010). Este punto será tratado cuando hablemos de la enfermedad, como evento interruptivo de la prestación de servicios por el tripulante; 7. Indemnización por demora o retardo. Esta, que es una verdadera indemnización por un daño o perjuicio sufrido por el tripulante, el que se presume "iuris et de iure" por el solo hecho de darse la circunstancia aludida, ha menester no obstante de ciertos requisitos para su procedencia. El art. 1002 dice: "Navegando los hombres de mar a la parte o interesados en el flete, no se les deberá indemnización alguna por la revocación, demora o prolongación, causados por fuerza mayor; pero si la revocación, demora o prolongación dimanare de culpa de los cargadores, tendrá parte en las indemnizaciones que se conceden al buque, haciéndose la división entre los dueños del buque y la gente de la tripulación, en la misma proporción que se hubiera dividido el flete". "Si la revocación, demora o prolongación proviniere del hecho del capitán o del dueño del buque, serán estos obligados a las indemnizaciones proporcionales respectivas". Vale decir, que al navegante le basta probar la causal prevista en la ley —excepto cuando proviniere

de fuerza mayor— para ser acreedor a la indemnización; 8. Navegabilidad del buque. Es un principio universalmente aceptado en derecho laboral, el de que el patrono debe facilitar por todos los medios al trabajador la ejecución de las prestaciones a su cargo, cuidando al mismo tiempo de que la persona e integridad del mismo no sufran desmedro como consecuencia, precisamente, de su dependencia personal y económica. Dice Malvagni: "La Corte Suprema de Justicia ha considerado como justa de rescisión del contrato por parte del tripulante, la innavegabilidad del buque" —"Fallos", 36:327—; 9. Alojamiento. Es una obligación del armador, específica de este contrato, que también encontremos en otras actividades (encargados de casas de renta, trabajadoras rurales permanentes, etc.) cuya peculiar naturaleza exige la permanencia del trabajador en el lugar donde desempeña sus tareas. Nada dice el Código, pero el Reglamento Sanitaria y Fluvial prevé el punto (art. 141, inc. k; art. 143; art. 146; y conca.); 10. Legítima rescisión. Los arts. 994, 995, 996 y conca. prevén los casos de justas causas al respecto. El punto es analizado con detalles más adelante; 11. Derecho a la mesada. Es la indemnización prevista por el art. 997 en el caso que allí se menciona, juzgando innecesario comentar este aspecto, por lo que al mismo nos remitimos "brevitatis causae"; 12. Indemnizaciones por despido. Son tratadas en el capítulo respectivo; 13. Repatriación. "La repatriación —dice Malvagni— es el derecho que tiene todo tripulante a ser conducido a su puerto de embarque o de ajuste, cuando por cualquier motivo fuere desembarcado en un puerto distinto de aquél" (op. cit. p. 358). El fundamento de la repatriación es, indudablemente, de derecho público, por el evidente interés que todo Estado de la Comunidad Internacional tiene en la protección de sus connacionales en el exterior a lo que, desde un punto de vista ético, debe agregarse una razón de indudable humanitarismo. El Código prevé esta figura, propia del ámbito de la navegación, en los arts. 933, 1012, 997, 998, 999 y conca. De ahí que sea principio incommovible de la materia, el de que "el trabajador de la navegación acotática tiene derecho a ser repatriado en cualquier caso de ruptura del contrato o relación de ajuste, en puerto distinto al de su celebración o embarque, sin interesar la causa que diera motivo a ello". Vale decir, que nosotros sostenemos el derecho del tripulante a ser repatriado aun en aquellos casos en que el contrato se resolvió por su culpa, porque la naturaleza de la repatriación no tiene fundamento en el derecho social, sino en el derecho internacional público; 13. Remuneración. El salario es indudablemente el más importante de los derechos del tripulante y de las obligaciones del armador. En este punto, debe hacerse aplicación de los principios generales de la materia (elementos integrantes, sueldo anual complementario, salario vital mínimo, etc.). Por ser disposiciones de carácter general en el

ámbito laboral, entendemos que son aplicables las leyes 11.278, 11.337 y 14.443. El Código legisla con minuciosidad este aspecto del ajuste, en normas anticuadas que no merecen mayores comentarios, tales como las relativas a la pérdida del salario a título punitivo, sus diversas modalidades (salario común, salario de salvamento —del propio buque y del buque ajeno—, etc.); y 14. Derecho al descanso. Este comprende tanto lo relativo a la jornada legal, como al descanso semanal y las vacaciones anuales pagas. El voto mayoritario de la Cámara Federal de la Capital de la República, decidió que "en virtud de la naturaleza especial del trabajo marítimo no son aplicables a la gente de mar las disposiciones de las leyes 4661, sobre descanso dominical, y 11.640, sobre sábado inglés. Por tanto, los tripulantes carecen de derecho para cobrar como trabajo extraordinario la labor realizada en domingo y sábado por la tarde; corresponde —por tanto— dividir 'la mesada por 26 y no por 24 para obtener el 'jornal diario' ("in re" "Villarino c/Lehmann y Moiserff", jul. 3/1946 —J.A. 1946— III —436; D. T. 1946, 399). Disentimos con esta tesisura y apoyamos sin vacilaciones la sostenida por el Doctor Pocard en el mismo fallo que, en síntesis dijo: "Las normas legales citadas son aplicables a la gente de mar, correspondiendo dividir el sueldo mensual por 24 y no por 26". Es evidente la lógica que sostiene esta opinión, ya que, al igual que en otras industrias terrestres nada impide que la empresa armatorial tenga a bordo de cada navío el personal necesario para poder organizar turnos que respeten las prescripciones legales vigentes en defensa de la salud y bienestar de todos los trabajadores, posibilidad que se fué acentuando con el correr de los años en virtud del progreso técnico alcanzado por la navegación, siendo un argumento capcioso y falto de adecuación a la realidad de nuestros días que se presente imposibilidad material para poder llevar el número adecuado de trabajadores navales a bordo, en tanto no se presentan hoy problemas insalvables de índole económica o de espacio material o de seguridad del buque que lo impidan, como antaño. A nuestro criterio, y por los mismos fundamentos, creemos aplicables a la gente de mar la jornada legal de 8 horas diarias, o 48 semanales, y las restantes prescripciones de la ley nacional n° 11.544. A mayor abundamiento, no podría argumentarse en contra de la postulación que defendemos aduciendo que el trabajo a bordo es "trabajo por equipo", ya que, con esta forma de pensar todo —o la mayor parte— del trabajo subordinado lo sería (usinas, fábricas, comercios, etc.). En contra, Malvagni (op. cit. p. 134), fallo "ut supra" citado y lo decidido "in re" Pons, Rafael c/Ma-nufac S.A. (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala III, J.A. 1948—IV—222).

Las obligaciones del tripulante pueden resumirse, haciendo referencia a la regla genérica de todo contrato de trabajo, a saber, que debe poner a disposición de su patrono —al armador— su potencia laboral y ejecutar diligentemente las órdenes que éste le imparta, las que —no puede negarse— adquieren en esta materia una jerarquía y acentuación del deber de obediencia fundados en la naturaleza del medio ambiente. De ahí lo acertado de la opinión judicial que sentara que "... se confundían con frecuencia normas privadas —laborales— y de derecho público, acercando éstas últimas el trabajo a bordo, a un régimen disciplinario estricto, cuya severidad se basa en el feliz término de la empresa naval y seguridad de las cosas y personas transportadas" (Voto del doctor Fleitas h. "in re" "Arroyo, Fabián Carlos c/Administración Gral. del Transporte Fluvial s/despido" —Cám. Nac. Apis. Trabajo— Sala V —sent. 1001 del 9/5/1960).

Así, el tripulante debe ir a bordo con su equipaje y pronto para seguir viaje (art. 989, inc. 1°), no salir del buque sin permiso (art. 989, inc. 2°), no sacar equipaje sin autorización (art. 989, inc. 3°), obedecer sin contradicción y no embriagarse (art. 989, inc. 5°), seguir prestando servicios en el buque en caso 989, inc. 4°), auxiliar al capitán en todos los casos de necesidad de prolongación del viaje (art. 996), etc. Otras obligaciones, han caído sin lugar a dudas en el más completo desuso, como propias de épocas de navegación a vela; así, la de ayudar a desarmar al buque y conducirlo a seguro surgidero (art. 988, inc. 6°); y otras, en fin, constituyen meras especificaciones del deber de fidelidad, tal como la de prestar declaración sobre hechos acaecidos a bordo (art. 989, inc. 7°) y la de no deducir demanda contra el buque antes de finalizado el viaje (art. 1016).

No deben olvidarse en el "sub-examine", aquellas prescripciones específicas de las jerarquías navales, por cierto imprescindibles por la mayor responsabilidad que emana de los cargos desempeñados, que culmina con el capitán, no sólo subordinado naval frente al armador, sino también su representante contractual y legal frente a los restantes trabajadores navales y los terceros. De ahí que, en el caso del capitán o patrono fluvial que se niega a zarpar en adhesión a una huelga ilegal al propio tiempo que incita a la tripulación a adherir a su actividad, sea de la mayor justicia declarar rescindido el vínculo por su exclusiva culpa (conf. "in re" "Arroyo, Fabián Carlos c/Administ. Gral. del Transp. Fluvial" "et supra" citada).

Sólo cabe agregar, para reformar nuestra clara postura en la materia —sostenida a todo lo largo de este ensayo— que "la circunstancia de que el Estado tenga ingerencia en esa reglamentación —la del contrato de ajuste— no basta para distinguir al contrato estudiado de otros contratos de trabajo, también so-

metidos a normas minuciosas de orden público" (Mezzera Alvarez, op. cit. p. 236).

No hemos pretendido realizar un estudio exhaustivo de los derechos y obligaciones emergentes del ajuste, sino mostrar, presentar lo más adecuadamente posible, una visión panorámica de los mismos.

VIII. — ACCIDENTES DE TRABAJO.

La materia no admite dudas en cuanto a la procedencia de la aplicación de la ley 9688 a los trabajadores de la navegación acuática y —por ende— de toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial al respecto.

En lo que respecta a la competencia para entender en las acciones del epígrafe, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido que "corresponde a la Justicia del Trabajo de la Capital Federal, conocer en la causa sobre indemnización por accidente de trabajo sufrido mientras el actor desempeñaba sus tareas de marino en una embarcación de la demandada" ("in re" "Bayntun Eduardo P. c/Louisa Dreyfus y Cia. Ltda. s/accidente", sent. del 13/7/1950. La Ley, 11/11/1950), con lo que no se ha hecho sino adoptar la buena doctrina acorde con las prescripciones generales de la ley 12948.

En razón de fundarse en idéntico principio —el riesgo profesional— la mayoría de los autores identifican las acciones emergentes de la ley 9688 y del art. 1010 y concs. del Cód. Com., siendo en cambio excluyentes aquellas con respecto a la acción de derecho civil, fundada en los arts. 1109 ó 1113, Cód. Civil, y a la recíproca (conf. Malvagni, op. cit. p. 239). Por ello, debe estimarse erróneo el fallo que decidió que "no habiéndose acreditado ni invocado que el barco en que se produjo el accidente fuera de aquellos a que se refiere el art. 7°, inc. 4° del decreto reglamentario de la ley 9688 (navegación de cabotaje, o de barcos que naveguen en ríos y aguas interiores, y al mismo tiempo vengan del extranjero, siempre que el accidente ocurra en aguas jurisdiccionales), debe aplicarse el art. 1010 del Cód. Comercio" (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala I —autos "Dímenza Juan c/Liebig's Extract of Meat Company Ltd"—, sent. del 8/8/36 —Jur. del Trab. 22/3/1957). El decreto reglamentario no puede disminuir la amplitud del ámbito de aplicación de una norma legal, como la de los arts. 1 y 2 de la ley 9688; y por otra parte no debe subestimarse el principio *fictio* de la territorialidad de los buques reconocidos por el derecho internacional. En sentido similar, véase el fallo del 5/4/1949 (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala I —Jur. del Trab. del 15/7/1949).

La justicia ha decidido acertadamente que "atentas las modalidades propias del trabajo de la gente de mar, debe apreciarse con mayor latitud la responsabilidad patronal por accidentes del trabajo, conforme a la ley 9688, correspondiendo atribuirle al patrón, salvo que se demuestre de modo indubitable la existencia de culpa grave o fuerza mayor" (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala IV, sent. del 15/12/1952 —La Ley, 18/4/1953). La doctrina sentada por este pronunciamiento se fundamenta en la acentuada riesgosisad de la navegación, actividad que, por otra parte, es altamente remunerativa para el patrono. Corresponde pues que quien obtiene pingue beneficios cargue con todos los perjuicios derivados de la naturaleza de la empresa con cuya explotación luera; o sea que se produce una acentuación justificada del principio del "riesgo profesional".

Para la determinación del monto a que tiene derecho el tripulante en el punto en estudio, se decidió que "de la indemnización emergente del art. 1010 del Código de Comercio, no corresponde deducir los salarios abonados desde el accidente hasta el alta, ya que en las normas del Código de Comercio —aplicable al caso— no existe disposición similar a la que obliga en la ley 9688 a resolver lo contrario" (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala I —"in re" *Dimenza Juan c/Liebig's Extract of Meat Co. Ltd.*, sent. del 8/8/1956 —Jur. del Trab. del 22/5/57). En nuestra opinión, este pronunciamiento es criticable. Las sumas que se abonan durante el período de inhabilidad temporaria, después de acaecido cualquier accidente de trabajo, sólo pueden denominarse salarios en forma figurativa, pero el nombre no responde en este caso, a la esencia del concepto, ya que se trata de una verdadera indemnización, quedando desvanecida toda duda si se piensa que no existe durante dicho lapso contraprestación a cargo del trabajador que beneficie a su patrono. Más aun, éste debe cargar con los costos de curación del subordinado. Por ello, aparece manifiestamente injusto el fallo anotado, en violación de dos principios jurídicos generales de la mayor importancia: "non bis in idem", por el cual no pueden efectuarse dos o más obligaciones por la misma causa, ya que la primera extingue toda reclamación; y el del "enriquecimiento indebido" o "sin causa", ya que, considerados los pagos patronales correspondientes al período en cuestión como formando parte de la eventual indemnización definitiva, no puede obligarse a satisfacer la suma total resultante por la incapacidad permanente, sino que debe admitirse como justo su descuento. Por ello, estimamos perfectamente aplicable a la llamada gente de mar, lo decidido en la doctrina plenaria sentada en los autos "Castro Santiago c/Premofort S.R.L. s/accidente" —Acuerdo Plenario n° 64 de fecha 14 de julio de 1960— que ha adoptado la

justa doctrina de hacer efectivos los descuentos de los jornales indemnizatorios abonados durante el período de inhabilidad temporal.

Con respecto a la prueba del evento mismo, se estableció que "corresponde tener por probada la existencia del accidente de trabajo de un tripulante, particularmente por habersele proporcionado asistencia médica, lo que se une a la circunstancia de haber ingresado presumiblemente sano y prestado sus servicios ininterrumpidamente hasta el momento del desembarco" (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala IV, diciembre 15/1952 —La Ley 70-134).

Lo relativo a las enfermedades profesionales y la construcción jurisprudencial de los accidentes "in itinere" y las enfermedades-accidentes, también es aplicable por entero a la actividad profesional en estudio. La navegación engendra, no obstante, problemas propios que es menester resolver de acuerdo a su naturaleza peculiar. Así se presenta modernamente, lo relativo a las enfermedades profesionales de quienes se desempeñan prestando servicios a bordo de naves equipadas con propulsión atómica, provocando en los afectados terrenos cancerígenos ulteriormente desarrollables, comparables a la llamada "enfermedad del radiólogo", tales como la leucemia. Pueden verse al respecto reflexiones sumamente interesantes sobre est tópicos, tan de nuestros días, en el artículo "Protección para los tripulantes del buque atómico", por Richard Godwin, W. Hepburn y Paul Carrico (Revista Internacional del Trabajo, publ. por la O.I.T.; vol. LX, n° 3, sep. 1959; pág. 269).

IX. — ENFERMEDAD DEL TRIPULANTE NAVAL.

El Cód. Comercio, legisla específicamente este otro evento interruptivo del contrato de ajuste, en los arts. 1010, 1011, 1012 y 1013 (Título VI, Libro III).

Ahora bien, como lo dejamos establecido más adelante, nos adelantamos a sostener que la ley 11.729 es perfectamente aplicable a la gente de mar, en tanto sus normas les sean más favorables.

El principio que debe presidir la aplicación de los cuerpos legales mencionados es el de su coordinación regida por la máxima "in dubio pro operario", y aquella otra que expresa que siempre deberá aplicarse la norma más favorable al trabajador dependiente, cualquiera sea su jerarquía.

Bajo la aplicación de los principios enunciados resulta videntemente un pronunciamiento en que se dijo que "demostrado que es costumbre general y arraigada de los tripulantes de las embar-

caciones fluviales y gente del Delta, preferir para beber el agua del río, por ser más fresca y de mejor sabor que la que pueden llevar de los pueblos, y como no existiendo disposición legal que obligue a los remolcadores a tener filtros o purificadores del agua del río, no pueden responsabilizarse a los dueños de embarcaciones por la muerte de un marinero atacado de fiebre tifoidea, atribuirle a infección por el agua; tanto más, cuanto que no se ha probado que fuera esa la causa de la enfermedad". Tantos son los puntos equivocados de este fallo, que no es posible hallar justificativo a su manifiesta arbitrariedad; así: 1º) no existe certeza en el sentido de que la causa de la fiebre tifoidea provenga necesariamente de beber agua del río, por más que exista una presunción en ese sentido; 2º) se legaliza la violación esencial del contrato de trabajo, ya que el patrono ha faltado a uno de sus principales deberes, el deber de vigilancia; 3º) se aplica en forma impropia el principio de la "costumbre jurídica" (conf. art. V del Título Preliminar del Código de Comercio) cuando el hecho de que el trabajador beba agua presumiblemente contaminada es precisamente contrario a los fundamentos del Derecho Social, y está en el deber del patrono impedir con todos los medios a su alcance la continuidad de esa costumbre perniciosa; y 4º) el deber de vigilancia no tiene porque fundarse en normas específicas legales o reglamentarias; admitirlo, sería admitir el derrumbe del fundamento de la protección del trabajo humano. (Cám. Fed. Cap. Fed., julio 24/1944; autos "Fernández y otra c/Martínez y Cia.; J.A.— III —418).

La falta de elasticidad en los fallos de nuestros tribunales es lamentable en esta materia, excluyendo honrosas excepciones.

Concretando este aspecto, el punto álgido que informa la aplicación del art. 1010 Cód. Com. es el párrafo que dice "... que cayera enfermo en el curso del viaje...". Luego, es correcto el pronunciamiento que afirmó que "... el art. 1010 del Cód. Com. se refiere también a aquellas enfermedades que, hallándose en estado latente en el momento de embarcarse el tripulante, adquirieron después un estado de gravedad que hace parcial o totalmente imposible el trabajo". (Cám. Fed. Rosario, 13 de octubre de 1949, autos "Insaurrealde c/Cia. Marítima Belga, Lloyd Real S. A.", Diario del Trabajo, año 1941, p. 379). En idéntico y acertado sentido, véanse los autos "Castro Antonio c/Navemas S.A. de Navegación" (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala IV, sent. del 26 de setiembre de 1956; Jur. del Trab. 28/3/1957) y "Tritto Guillermo Mario c/Cia. Arg. Nav. Doñero S.A." (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala III, sent. 30/4/1953; Jur. del Trab., 22/8/1953).

Con respecto al momento en que cesa el derecho del tripulante enfermo, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal en Pleno, decidió que "el tripulante de un barco

tiene derecho a percibir salarios por enfermedad por todo el tiempo de su duración, vale decir, hasta su perfecto restablecimiento, aunque éste se opere después de su regreso al puerto de la matrícula, salvo el supuesto de una enfermedad crónica, en que dicha obligación se extiende hasta que exista declaración formal en aquel sentido". (Acuerdo Plenario n° 46 del 26 de setiembre de 1958 —autos "Bartoli Arcángelo c/Frigorífico Swift de La Plata S.A." —Diario de Jurisprudencia Argentina n° 7291, del 14 de noviembre de 1958). La solución es aceptable si se tiene presente que se adoptó la postura más favorable al tripulante, ante la divergencia de soluciones hasta entonces existentes (conf. "Gaimart Guillermo c/Cia. Arg. Nav. Dodero", Sala III, sent. 31/3/1954, La Ley 19/8/1954; "Castro Antonio c/Navemar S.A. Nav.", Sala IV, sent. 26/9/1956, Jur. del Trab. 28/3/1957; entre otras; en contra, "Fernández Albano c/Albatros Cia. de Nav.", Sala I, sent. 23/3/1953, La Ley, 5/1/1954; "Molina Eleuterio c/Murchison Juan Cia. Nav. S.A.", Sala IV, sent. 30/9/1952, La Ley 25/3/1953; "Gárez Victorino c/Navemar Cia. Nav. S.A.", Sala I, sent. 9289 del 20/5/1953, entre otros), pero la misma tuvo en cuenta exclusivamente el régimen del Libro III, conforme al criterio restringido sostenido en el Acuerdo Plenario nro. 19.

De la lectura del art. 155 del Cód. Com. —ley 11.729— se desprende que no existe óbice para su aplicación a los trabajadores de la navegación marítima, máxime si se tiene en cuenta que la permanencia al servicio de una empresa es hoy día un rasgo común en la vida naval, que antes constituía la excepción. En los casos de tripulantes "permanentes" o a "órdenes" la duda termina por desvanecerse. No deben olvidar los magistrados que "...hay regulaciones anticuadas que no han podido resistir al desarrollo económico y técnico (por ej., la relativa a la gente de mar contenida en los arts. 984 y ss. Cód. Com...." (Krotoschin, "Tratado...", tomo I, pág. 45).

Una solución anticuada es a no dudarle la contenida en la norma del art. 1013, Cód. Com.: "Si un individuo de la tripulación salido del buque sin licencia, se enfermase o fuese herido en tierra, los gastos de asistencia serán de su propia cuenta, y no devengará sueldos, mientras durase el impedimento". No es posible admitir hoy en día que una falta disciplinaria sea sancionada por la pérdida de derechos sustanciales que hacen a la esencia del contrato de trabajo y al propio fundamento del Derecho Social, máxime cuando el derecho que caduca tiene naturaleza previsional. Una falta disciplinaria debe castigarse con una pena también disciplinaria, como el arresto en el momento que sea oportuno, o cualquier otro similar.

Por lo dicho, consideramos aplicable la construcción doctrinaria y jurisprudencial elaborada en torno a las prescripciones de

la ley 11.729 relativas a enfermedades, con expresa aplicación a los trabajadores de la navegación acuática.

X. — SUSPENSIÓN.

La suspensión es un instituto interruptivo del ajuste, considerado éste como especie del contrato de trabajo. Por ello, le es aplicable lo decidido en orden a que "la correcta interpretación jurídica del instituto de la suspensión en la ley 11.729 conduce a sostener que la misma, para ser legal, debe tener justa causa y plazo fijo, descontando desde luego, que en la justa causa también se encuentra la que se impone por razones disciplinarias cuando la natural y normal relación entre el principal y el dependiente así lo exijan. Cuando la suspensión no reúna tales requisitos de justa causa y plazo fijo, la misma se considerará injuriosa a los intereses del empleado u obrero, en los términos del art. 159" (Cám. Nac. Apl. Trabajo en Pleno, autos "Días F. c/Camiños Manuel", Acuerdo Plenario nro. 2 del 8/4/1948; La Ley 50-306; Diario del Trab. 8-177). La suspensión en el ámbito naval, considerada como pena disciplinaria, debe concordarse con la facultad de derecho público de imponer arrestos o prisión, propia de la naturaleza de la actividad, emanada de los artículos 906, inc. 2º), 989, inc. 4º y 990 del Código de Comercio.

XI. — CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR.

"En materia de obligaciones convencionales —dice el doctor Acuña Anzorena— el art. 513 del Código Civil exime al deudor de responsabilidad por los daños e intereses derivados al acreedor por incumplimiento de las mismas cuando aquellos tienen por causa un caso fortuito o de fuerza mayor" (cfr. Raymundo Salvat -Acuña Anzorena, "Tratado de Derecho Civil Argentino", "Fuentes de las Obligaciones", tomo IV, pág. 55).

Este principio general ha sido desarrollado por el Código de Comercio en su libro III como fundamento de la extinción del vínculo contractual en el contrato de ajuste, y lo hallamos concretamente aplicado en la revocación del viaje (arts. 1000, 1001, 1002) y en los casos de apresamiento, confiscación y naufragio (arts. 1004, 1005, 1006, 1007 y 1008). La claridad de los mismos no requiere comentarios y los principios del Derecho Social ceden ante la primacía de los fundados en la doctrina de derecho común aludida.

XII. — LA APLICACIÓN DE LA LEY 11.729 Y DEL DECRETO-LEY 33.302/
45 A LA DENOMINADA "GENTE DE MAR".

Una confusión de conceptos y disposiciones legales desordenadas —superpuestas e imprecisas— han sido motivo principal de la discordia jurídica existente en cuanto a la aplicación de las normas de la ley 11.729, modificatoria del Código de Comercio, y del decreto-ley 33.302/45, ratificado por la ley 12.921, a los trabajadores de la navegación acuática. Podiera creerse que con el Acuerdo Plenario nro. 19 —"Pisani Domingo c/Cia. Arg. de Pesca s/despido"— de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de fecha 6 de noviembre de 1962, se puso punto final, en este ámbito jurisdiccional, al problema debatido. La solución allí dada está lejos de aclararlo; más aun, lo oscurece y dificulta con la aplicación incoherente y fragmentaria de las disposiciones legales mencionadas.

El Dr. Atilio Malvagni —"Derecho Laboral de la Navegación"— (p. 304) se pronunció manifestando que "... a nuestro juicio, el decreto-ley 33.302, a pesar de su amplitud no ha podido sustituir al régimen de despido previsto en el Libro III, título IV, Cód. Com., por el de la ley 11.729, porque ello implicaría derogar una cantidad de disposiciones de aquel, diolocando la armonía de las normas que rigen al tripulante en dicho título". También se refirió a la aplicación de la ley 11.729, señalando que "diversas tentativas que se hicieron ante los tribunales para obtener su aplicación a los tripulantes, fueron rechazadas fundándose en que éstos tenían su estatuto propio en el tit. IV, libro III, Cód. Com., que prevé el correspondiente régimen ed despido". Cita fallos: Cám. Federal, J.A. t. 60, p. 78; Cám. Com., J.A. t. 65, p. 198; Cám. Civil, J.A. t. 71, p. 295. En efecto, es fácil comprobar que las decisiones judiciales eran adversas a la aplicación de las mencionadas normas legales a la "gente de mar". Se decidió que "la ley 11.729 no es aplicable a la gente de mar" ("Valderrama c/Importadora y Exportadora de la Patagonia S.A.", Cám. Federal Cap., agosto 20/1943; J.A. 1943-III-847), posición que luego adoptó parte del recientemente creado fuero laboral ("Carrara c/Dodero Cia. Arg. de Nav.", Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala I, abril 5/1949; J.A. 1949-IV-377).

En un fallo de la Cámara Federal de la Capital se decidió, con la disidencia del Dr. Funes, que "... el decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 33.302/45 (ley 12.921) no obstante la amplitud de los términos de su art. 2, no comprende en sus disposiciones a la llamada "gente de mar", la que cuenta con su estatuto propio, que regula lo relativo a las indemnizaciones por despido, enfermedad, etc. (Cód. Com. Libro III)". "Dicho personal no se menciona en ninguno de los incisos del art. 2 cit., que no es enumerativo

sino exhaustivo, como asimismo lo ha entendido el Poder Ejecutivo Nacional al declarar incluidos, mediante sendos decretos, en los beneficios de aquel decreto, a los corredores de seguros y prácticos de río" ("Pereyra c/Astra Cia. Arg. de Petróleo S.A.", agosto 31/1949; J.A. 1949-IV-4). Otra Decisión judicial, del 20 de agosto de 1949, "la gente de mar no está comprendida en el régimen de la ley 11.729". "Tampoco está comprendida en el régimen del decreto 33.302/45, ratificado por la ley 12.921, en lo relativo a indemnización por preaviso y despido" ("Cañizales c/Niveiros"; Cám. Federal de Rosario, junio 10/1949; J.A. 1949-IV-103).

Distaba mucho esta jurisprudencia de ser uniforme y pacífica. Las sentencias de instancias colegiadas llevaban casi siempre el peso de disidencias muy bien fundadas como la del Dr. Pones en los autos citados. Más aun, se decidió —a nuestro modesto juicio en conformidad con la buena doctrina— que "el art. 67 del decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 33.302/45 (ley 12.921), en cuanto establece un modo especial de indemnizar los despidos ocurridos por causales distintas a las enumeradas en el art. 159, Cód. Com., no ha excluido las demás causales de despido especialmente contempladas en disposiciones legales como la del art. 991, Cód. Com., referentes a la gente de Mar, puesto que se trata de especies de injurias propias de la naturaleza del contrato de trabajo de esa gente y que bien pueden estar comprendidos en el género de las del citado art. 159" ("Zigano c/Caffe-rata"; Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala II, junio 30/1949; J.A. 1949-III-618). El mismo precedente agrega que "tratándose de un contrato de ajuste de gente de mar, el despido sin causa justificada da derecho solamente a la doble indemnización (art. 67 del decreto del Poder Ejecutivo Nacional nro. 33.302/45) por antigüedad en el empleo, y no a la por falta de preaviso, puesto que en esa clase de contratos el preaviso constituye un hecho de cumplimiento imposible, atento a la naturaleza y modalidades de los mismos".

El desconcierto judicial estableció distinciones criticables "ut supra" estudiadas, entre los trabajadores de la navegación acuática, con el objeto encubierto de evitar la aplicación de la equívoca tesis plenaria que los excluye de los beneficios laborales genéricos, llevando a un divisionismo impropio del carácter general, comprensivo y tutelar del derecho laboral. Se sostuvo que al personal de las embarcaciones portuarias —por no ser "gente de mar"— le era aplicable el régimen de la ley 11.729 (Cám. Nac. Apl. Trabajo, Sala IV, "Diernia c/Carusi y Cia."; J.A. 1948-III-26; Cám. Nac. Apl. Paz, Sala IV, "Portuguese c/La Mala Real Inglesa"; J.A. 1947-II-721) y que —en cambio— no lo era a los tripulantes de embarcaciones fluviales que navegan entre provincias ("Núñez Armando c/Lottero Papiá", y también "Introna c/Cia. Naveg. Hamburgo Sudamericana", Cám. Nac. Apl. Tra-

bajo, Sala IV, Juris. del Trab., 2/4/1949) y a los de transportes de ultramar ("Lagrange Juan D. c/Navemar S.R.L.", Cám. Nac. Apia. Trabajo, Sala IV, 2/10/1948, expte. 606/48; "Benítez Fajre c/Ferro" y "Quiñones c/Ferro", 30/6/1949, Cám. Nac. Apia. Trabajo, Sala I; "Carrara c/Dodero", sent. nro. 26.502 (1949); "Iglesias c/La Martona", Cám. Nac. Apia. Trabajo, Sala III, fallo 10.370; J.A. 21/5/1949; "Flores c/ Pérez Companc", La Ley 30/6/1949; sent. 26.513).

Volviendo al análisis de la opinión del doctor Malvagni, vemos que propugna una posible aplicación de la ley 11.729 en el caso de servicios mixtos (alternados) —en tierra y a bordo— en lo que disientimos sin hesitación por la confusión que esta interpretación acarrearía en la aplicación ocuásime de la ley, creándose evidentes desigualdades de trato jurídico entre trabajadores de una misma actividad. La tesis hasta aquí sintetizada fué sostenida por otros laboristas. Así, se dijo que "el contrato de trabajo de los empleados y obreros de la navegación se rige por las disposiciones del Libro III, título VI, del Código de Comercio". "La gente de mar, ya se trate de la navegación fluvial o marítima, está excluida de los beneficios de la ley 11.729, porque ésta se refiere exclusivamente a los empleados de comercio" ("El contrato d trabajo", García Martínez, p. 110).

Un problema similar hubo de plantearse en nuestra vecina orilla, la República Oriental del Uruguay. Parte de la doctrina y jurisprudencia de ese país, se inclinaron por considerar que el régimen de los arts. 1166, 1167 y 1168 del Cód. Com. Uruguayo (arts. 991, 992 y 993 del Cód. Com. Arg.) son especiales de la "gente de mar", a la que no podía extenderse el régimen de los auxiliares del comercio ("Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, t. 30, p. 133; ídem t. 37, p. 209). "La sanción de las leyes del 6 de junio, 20 de octubre y 15 de diciembre de 1944, que establecen un régimen de indemnización por despido que alcanza, prácticamente, a todos los empleados y obreros de la industria y del comercio, ha planteado el problema —dice Mazzera Alvarez— "de si aun subsiste vigente para la "gente de mar" (a quien esas leyes no mencionan en forma expresa) el régimen especial de los arts. 1166, 1167 y 1168 del Cód. Comercio". "La jurisprudencia y doctrina nacionales se inclinaron en el sentido de que debe prevalecer el régimen más reciente, y de mayor ventaja para los obreros, derivados de las leyes de 1944; y es de presumir que esta tendencia es la que ha de prevalecer en definitiva" ("Derecho Marítimo", Rodolfo Mazzera Alvarez, p. 245).

Esas palabras encuentran su eco en la realidad. En efecto, autores como F. de Ferrari ("El despido en el derecho uruguayo", Rev. de Der. Laboral, t. III, p. 368), H. H. Barbogelata ("El

derecho común sobre el despido", Montevideo 1953, pp. 18, 19) y el ilustre processalista Doctor Eduardo J. Couture ("Despido de la gente de mar", Rev. de Derecho Laboral, t. IV, p. 403; y sentencias de fechas 26/5/ 1949 y 26/9/ 1949; Rev. de Der. Laboral, t. III, p. 405) se pronunciaron por la aplicación de las nuevas regulaciones, teniendo como guía fundamental la máxima "in dubio pro operario" y el consecuente carácter tutelar y de equidad social del derecho del trabajo.

Entremos ahora al análisis del Acuerdo Plenario n° 19 que pretendemos, modestamente, cuestionar en la doctrina que alienta. El Procurador General del Trabajo ha destacado "la naturaleza de este contrato como consecuencia directa de la autonomía que dentro del derecho privado conserva el derecho de la navegación, hallándonos ante un verdadero contrato de trabajo". Manifiesta seguidamente que "el ajuste se convierte en una especie de *aquid*, en tanto regula una actividad determinada con características propias y por ende esencialmente distintas a otras actividades". De estas disquisiciones planteadas por el doctor Suredia Graells surgen, precisamente, algunos de los elementos de estricta lógica jurídica que permiten fundar un ataque a las conclusiones a que arriba. En efecto, ¿es que acaso lo "genérico" no comprende y regula a lo "específico"? En el género contrato de trabajo hallamos regulaciones universales para todo acuerdo de voluntades que reúna notas generales propias de todo contrato de trabajo subordinado, con más las modificaciones peculiares de la actividad específica, que no son más que eso —modificaciones— y no derogaciones. Pero precisamente, no puede dejar de aplicarse las normas genéricas sin incurrir en un manifiesto contrasentido, ya que si al contrato de ajuste no se le aplican los principios y normatividad del contrato genérico de trabajo, mal puede sostenerse que sea una especie de dicho género. El hecho de que los trabajadores de la navegación posean, según se ha visto, un "régimen propio" no es óbice para la aplicación de las generales de la ley en materia laboral. En el caso particular de nuestro país, esta argumentación de base estrictamente científica se acentúa si se avala debidamente la circunstancia de que carecemos de un Código Nacional de Trabajo o de una Ley General de la materia por lo que —y en esto la mayor parte de los tratadistas están de acuerdo— las leyes esencialmente generales suplen dicha falta de la legislación positiva; en tal carácter, debemos considerar a la ley 11.729, al decreto-ley 33.302/45 y a muchos otros ordenamientos similares.

Los restantes argumentos esgrimidos por el Procurador General giran alrededor de la postura crítica de que lo específico excluye la aplicación de lo genérico, pretendiendo su demostración a través del análisis del régimen legal de estos trabajadores. El

propio dictamen reconoce, finalmente que "no pudiéndose negar la existencia de relación de dependencia en el contrato de ajuste, la denominada "gente de mar" es acreedora a los precitados beneficios" — leyes 11.729 y decreto-ley 33.302/45 (?).

Olvidar que el método "sociológico" debe presidir la solución de éste como de cualquier problema en el campo social y laboral, es dejar de lado la consideración del "bonum commune", la equidad y la justicia social en su sentido más amplio y general (cfr. Krotoschin, I, p. 64), así como la preterición del principio que manda aplicar la norma más favorable al trabajador. Krotoschin deja sentado que "... en cuanto a la aplicación del decreto 33.302/45, art. 67, a estos y a otros trabajadores con estatutos, se ha sentido como principio que esta norma es de carácter general que modifica las disposiciones anteriores, en cuanto han establecido indemnizaciones de monto inferior al fijado por el art. 67 precitado, pero éste último artículo debe considerarse como que ha quedado vigente con respecto a regulaciones especiales posteriores menos favorables" (I, 581).

Con buen criterio, señaló el señor Juez de Cámara Doctor Machera —al emitir su voto— que "sostener lo contrario implicaría admitir excepciones no contempladas...". Adhiriendo al dictamen del Procurador General, votaron los doctores Fellicciotta, Peluffo, Juárez y Valdevinos; éste último propuso un agregado que, al prosperar, hizo aun más confusa la doctrina judicial en estudio, que más adelante analizaremos.

Por el contrario, resalta la claridad de la lógica jurídica que informa el voto del Doctor Santos. No lo analizamos en particular, porque al dar nuestra posición concordante, lo subsumimos en ella.

Hemos dicho que —a falta de un Código de Derecho Social— las leyes 11.729 y 12.821 —decreto-ley 33.302/45— desempeñan, por su amplitud y generalidad, ese papel en el orden nacional, máxime cuando legisladores y tratadistas estiman que la facultad legislativa en la materia es atributo exclusivo de la Nación, con argumentos que compartimos sin reservas. Por otro lado, y no nos cansaremos de repetirlo, avalamos la máxima "in dubio pro operario" dándole, además, el carácter de "substratum" del derecho social.

No caben dudas, pues, de que el decreto-ley citado incluye a los trabajadores en relación de dependencia en su totalidad. Ello surge de sus propios términos, bastante claros y precisos en el punto, en la redacción de los arts. 1 y 2, ya que el legislador entendió, indudablemente, que las excepciones debían ser especificadas y, en consecuencia, debe asignarse a éstas carácter taxativo y de interpretación restrictiva. En efecto, al dar el concepto de

empleado u obrero ("toda persona que realice tareas en relación de dependencia...", etc.) y referirse a las actividades en que presten servicios, se dispone: "...con excepción de los empleados y obreros ocupados en el servicio doméstico, los de las entidades de servicios públicos en cuanto las leyes de concesiones vigentes las eximen del cumplimiento de la clase de las establecidas en el presente decreto-ley y los de las instituciones pertenecientes a los mismos...". La razón de las excepciones transcritas salta a la vista: con respecto a la primera, porque el servicio doméstico tiene una naturaleza peculiar que sobrepasa el campo puramente jurídico, con caracteres propios, ya que los servicios se prestan, no para servir a los fines lucrativos de un empresario, ni siquiera en forma indirecta, sino para el mejor cumplimiento de las finalidades del núcleo familiar como célula básica de las sociedades occidentales, resaltando la lógica consecuencia de que el trabajador doméstico participa, sin duda alguna de lo que cabría llamar la "intimidad de la familia", o sea, lo que el derecho anglosajonamericano —"common law"— ha conceptualizado como "right of privacy"; tal es el motivo de que la protección de estos dependientes se retardara siempre desde el punto de vista del legislador, encontrándose recién una regulación —en nuestro país— con el decreto-ley 326/56. Con respecto a los trabajadores de las empresas concesionarias de servicios públicos, el objeto de la excepción es, evidentemente, de naturaleza político-administrativa, en tanto se busca la no alteración de los acuerdos bilaterales tomados en los contratos de concesión por una de las partes, el Estado, respetándose las convenciones de este tipo aun en el caso de aparición de normas legales que vendrían, implícitamente, a modificarlas unilateralmente. En suma, las excepciones del art. 2 del decreto-ley 33.302/45 (ley 12.921) tienen, la una fundamento sociológico, la otra fundamento político-administrativo. Finalmente, se contempla una excepción que no es tal, cuando el cit. artículo se refiere a los trabajadores de "...los fiscoes nacional, provinciales y municipales y los de las instituciones pertenecientes a los mismos"; y decimos que no hay tal excepción, porque aun cuando nada se hubiera dicho estaba sobrentendido que desde el punto de vista jurídico no puede aplicarse un estatuto hecho para el trabajo dependiente a quienes se encuentran en relación de "contrato de empleo público" (cfr. Bielsa, Rafael, "Compendio de Derecho Público, Derecho Administrativo", página 138).

El art. 1º del cit. decreto establece la aplicación del régimen previsto a todos aquellos que cumplen sus tareas dentro del territorio de la Nación. En el peculiar ambiente de la navegación el trabajo se desempeña, la más de las veces, fuera del control de las Naciones, en alta mar o en jurisdicciones extranjeras. Tomemos a modo de ejemplo el caso de un buque argentino —de ma-

trícula nacional— anclado en Hamburgo como puerto de escala. El derecho internacional ha fijado definitivamente como conquista universal, el llamado "derecho de tránsito inocuo" consistente en la facultad de toda nave, cualquiera sea su pabellón, para arribar, permanecer o transitar en las aguas jurisdiccionales de un país de la comunidad internacional que no sea el de su propia matrícula. Se aplican a las personas y cosas sitas en la nave en cuestión, la legislación del pabellón en lo que el derecho privado se refiere, y la legislación local —la del país en que se halla surto— en todo aquello que implique el resguardo de la soberanía, seguridad y orden público afectados, o afectables. Con relación al ejemplo dado, un homicidio cometido a bordo de la nave, aun cuando el delincuente sea argentino, deberá ser reprimido y juzgado por la autoridad alemana. Pero una cuestión entre el capitán y un tripulante estarán sujetas a la ley argentina, y a sus tribunales, por ser de derecho privado.

Recapitulando, las relaciones entre el Capitán como representante del armador, y los tripulantes, emanadas del ajuste, son de derecho privado y sujetas a la ley del pabellón, siendo casi innecesario destacar que en alta mar se aplica siempre la ley del pabellón. En el Plenario estudiado, el Doctor Santos dijo: "A criterio del Tribunal, las relaciones de la tripulación de un navío mercante de pabellón nacional, referente al cumplimiento de las obligaciones que trae aparejado el contrato de ajuste, en cuestiones que se susciten entre el capitán, los oficiales y marineros relativas al cumplimiento de los acuerdos convenidos recíprocamente, están regidos por las leyes y disposiciones del Estado del pabellón, cualesquiera sea el lugar o país en que aquel se encuentre". La transcripta es, también, la opinión unánime de los internacionalistas. Así, dice el Doctor Podestá Costa: "Cuando el buque privado está en puerto o rada se entiende que el Estado local es incompetente en las cuestiones de carácter civil o comercial que se susciten entre el capitán y los tripulantes, tales como las relativas al contrato de ajuste, a los salarios, a los accidentes del trabajo, etc.; estas corresponden a la jurisdicción del pabellón". ("Tratado de Derecho Internacional Público", t. I, p. 142). El punto ha sido por otra parte dilucidado, por la alta autoridad que es el Instituto de Derecho Internacional (sesión de Estocolmo, año 1928, arts. 33, 34 y 38).

En el fallo que comentamos, se cita otra autorizada opinión. Dice Ruiz Moreno, que "... en casi todas partes se sustrae de la jurisdicción local lo referente a las cuestiones entre los tripulantes y entre estos y sus capitanes, sea en razón de sus contratos² sea por cualquier otra causa concerniente a materia de derecho privado. Esos asuntos son de la competencia de la nacionalidad del buque, principio que data de mediados del siglo XIX, y ha sido

incluido en las convenciones consulares. Se ha extendido de tal manera que, independientemente de toda convención, está considerado como una regla de derecho consuetudinario. Se funda en las exigencias de la navegación y en la necesidad de que sean resacas en forma rápida y simple esta clase de cuestiones" (Teodoro Ruiz Moreno, "Tratado...", t. II, p. 62, ed. 1940).

Por todo lo expuesto, debemos concluir —como argumento y fundamental premisa a la materia que estudiamos— que: "Los buques de pabellón nacional están involucrados en el artículo 1º del decreto-ley 33.302/45 (ley 12.921)".

Por lo mismo, resulta inaceptable el argumento esgrimido por el Dr. Pellicciotta, con cita de Malvagni, cuando sostiene que "... el contrato de ajuste... no solamente adecúa su protección a las normas... de los respectivos países... sino inspirándose en lo esencial en las convenciones internacionales..." dándose motivos económicos que: 1º) son muy dudosos en la realidad actual de la explotación naval, altamente tecnificada; y 2º) constituyen extraños argumentos para hacer valer en derecho del trabajo; repitiéndose el error de que "... no debe incluirse en las mismas leyes el trabajo terrestre y el marítimo", cuando se da a esta afirmación la interpretación de negar la aplicación de normas superiores, genéricas para todo contrato de trabajo. Agrégase que "... las normas deben inspirarse en los principios aprobados por las conferencias internacionales de trabajo marítimo". Otro disparatado error lógico-jurídico. Es evidente que jamás puede confundirse la aplicación del derecho positivo, con la inspiración en normas internacionales, la que solo podrá servir de pauta para un adecuado progreso legislativo. Se olvida que "... los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación..." (art. 31 de la Constitución Nacional), pero que ello está indefectiblemente condicionado a la soberana potestad que el Congreso Nacional tiene de "... aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones..." (art. 67, inc. 19 de la Const. Nac.), lo que se verifica, únicamente, por el "debido proceso legal", consistente en el caso, en la sanción y promulgación de una ley especial, que aprueba y otorgue vigencia nacional al convenio con el exterior. Resumiendo, somos de opinión de que las normas de derecho internacional son aplicables en la República solo cuando se convierten en derecho interno por la vía constitucional pertinente, por lo mismo en el estado actual del derecho.

El mismo Malvagni (p. 17), reconoce que "la unificación del derecho marítimo... constituye un "desideratum"..." (op. cit. p. 17), opinión sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Fallos, 186:261).

En un fallo reciente, hemos tenido la satisfacción de ver aplicada la buena doctrina, al decidirse que "los trabajadores ma-

ritimos tienen derecho a las indemnizaciones por despido estatuidas en la ley 11.729 y el decreto 33.302/45 que en la materia han derogado las disposiciones del Cód. Comercio sobre gente de mar" (Tribunal del Trabajo nro. 3 de San Martín, sentencia del 6 de diciembre de 1957, "in re" "Maimone Roberto c/Santucci Osvaldo y otro s/despido", Diario de Jurisprudencia de Buenos Aires, 45:189).

Para finalizar, nuestra opinión en el "sub-examíne" es la que sintetizamos así:

"Son aplicables a los trabajadores de la navegación acuática las leyes que rigen genéricamente al contrato de trabajo —entre ellas las 11.729 y 21.921 (Decreto-ley 33.302/45— en todo aquello que no se oponga a las particularidades ambientales de la actividad, que tengan carácter insabvable; y siempre que dichas normas legales impliquen mayores beneficios para los tripulantes, no debiendo excluirse sino concordarse y complementarse con las contenidas en el Libro III del Código de Comercio".

XIII. — LA DISOLUCIÓN DEL CONTRATO DE AJUSTE.

No habiendo ninguna duda de que el contrato de ajuste es una especie del contrato de trabajo como figura genérica, es evidente que le son aplicables los principios —*lato sensu*— relativos al despido, la renuncia, el mutuo consenso, la fuerza mayor, la muerte del trabajador, etc., como causales de extinción o disolución del vínculo contractual.

La muerte del tripulante es una causal que entra dentro de la fuerza mayor, atento el concepto que tenemos de ésta. Comenzando directamente el análisis del régimen legal el cuanto respecta a la muerte del tripulante, observamos un vacío en el Código en materia de indemnización por muerte. Las escasas y mequínas disposiciones en los artículos dedicados al contrato de ajuste no se inspiraron por cierto en la protección laboralista de hoy en día, sino que más bien se tomaron en consideración ciertas costumbres que hacían que a los marinos se les concedieran limitados beneficios, con la única finalidad de que los hombres encontraran algunos alicientes para enrolarse en tan dura carrera. "En caso de muerte de algún individuo de la tripulación durante el viaje, los gastos de su entierro serán pagados por cuenta del buque. . ." establece el art. 1014 del Código de Comercio. En, en realidad, la única carga obligatoria para la parte patronal en este contrato laboral, de acuerdo a lo prescripto en esta sección del código. En efecto, no podría considerarse indemnización por muerte el que los herederos tengan derecho a los salarios devengados hasta el día del fallecimiento del tripulante, ya que en este caso no hacen

sino cobrar lo que legítimamente ha ganado con su esfuerzo el trabajador (art. 1014). Al respecto, el cuerpo legal en cuestión establece los principios a los que hay que ceñirse, atenta los diversos tipos de ajuste. Cuando el ajuste se ha verificado por viajes, las soluciones legales son las que siguen: 1º) si el tripulante fallece en el viaje de ida, los herederos tienen derecho a la mitad del ajuste; 2º) si el tripulante fallece en el viaje de regreso al puerto de matrícula tienen, en cambio, derecho a la totalidad del ajuste (art. 1014).

Tratándose de un ajuste celebrado a la parte (por cierto bien extraño hoy en día), el código dispone de una única solución: se le abonará la totalidad del ajuste a los herederos, si el fallecimiento se ha verificado después de comenzado el viaje. En realidad, la disposición está demás porque al comenzar este mismo artículo se prevé que los derechos que el mismo establece se harán efectivos siempre y cuando la muerte se produzca "durante el viaje". No queda por tanto a los deudos del marino occiso en el cumplimiento de sus deberes, más remedio legal que promover acción de derecho común o, en su caso, la prevista en la ley de Accidentes de Trabajo n° 9.688. Por supuesto que en caso de hacer uso de la primera deberán calificar las causas de la muerte en forma delictual o cuasi delictual. Esta es la doctrina sostenida, entre otros, por Malvagni (op. cit. p. 276) que nosotros no compartimos, desde que hemos dejado claramente establecido que las disposiciones genéricas del contrato de trabajo posteriores a la sanción del Código de Comercio son de estricta aplicación a los trabajadores de la navegación, en particular las leyes 11.729 y 12.921 (decreto-ley 33.302/45).

El art. 157, inciso 8º del Código de Comercio (ley n° 11.729) dispone: "... En caso de muerte del empleado, el cónyuge, los descendientes y los ascendientes, en el orden y en la proporción que establece el Código Civil, tendrán derecho a la indemnización por antigüedad en el servicio, limitándose para los descendientes a los menores de 22 años, y sin término de edad cuando estén incapacitados para el trabajo. A falta de esos parientes, serán beneficiados de la indemnización los hermanos, si al fallecer el empleado vivían bajo su amparo, y dentro de los límites fijados para los descendientes". "Se deducirá del monto de la indemnización lo que los beneficiarios reciban de cajas o sociedades de seguros por actos o contratos de previsión realizados por el principal".

Debemos acotar, antes de entrar al análisis de esta disposición y sus concordantes, que ante el criterio estrecho de la jurisprudencia en lo que se refiere a la aplicación de estas normas a los trabajadores en cuestión, se intentó orillar el problema por medio de la aspiración extensiva del art. 1010 del Código, que

regla que el tripulante será "...indemnizado a arbitrio judicial..." en los casos de enfermedad, herida o mutilación en el curso del viaje. La Cámara Federal fué adversa a esta interpretación, habiendo decidido que "...el art. 1010, Cód. Com., no puede interpretarse aisladamente para hacer extensiva al caso de muerte la obligación de indemnizar que prescribe para el de mutilación, pues aquel se encuentra expresamente legislado en los arts. 1014 y 1015 del Cód. citado, en los cuales es fijo el monto de la indemnización, limitándola a los sueldos o a la parte que hubiera correspondido en los beneficios del viaje, según las modalidades del contrato de ajuste" ("La Ley", 35:670, y J.A. 1944-III-416). A nuestro modesto entender, son varios los defectos del fallo cuya doctrina en forma sintética se transcribe; entre otras cosas, es necesario destacar, como más arriba lo dijéramos, que los beneficios presuntos establecidos en los arts. 1014 y 1015 del cuerpo legal en cuestión, no revisten en modo alguno carácter indemnizatorio, por tratarse de salarios devengados pero no percibidos, por prestaciones efectivas realizadas por el marino hasta el día de su muerte, sean esas obligaciones las corrientes (art. 1014) u otras de carácter extraordinario (art. 1015).

Se advierte que lo prescripto en el art. 157, inciso 8º del Cód. Com., no excluye "el derecho de percibir los salarios y otras prestaciones que el patrono aun adeudara al trabajador fallecido por los servicios prestados" (cfr. Krotoschín, "Tratado...", t. I, p. 453). Debe efectuarse la concordancia de esto último con el art. 1014 del Código.

Nos atrevemos a afirmar, en un intento de explicación socio-jurídica, que uno de las posibles causas que provocan la resistencia a la aplicación de la ley 11.729 y 12.921 (decreto ley 33.3020 45) y otros beneficios genéricos laborales a los trabajadores de la navegación, estriba en la antigua creencia, de que toda carga económica, por pequeña que sea, se convierte en una gravea erogación en relación a la explotación naval en la que, como lo tiene señalado reiteradamente Malvagni, se trata por todos los medios de reducir los costos al límite mínimo. No nos parece que sea una razón atendible en nuestros días, si se tiene presente que el alto grado de tecnificación y seguridad alcanzados, han trastocado las condiciones y resultados de la empresa naval, convirtiéndola en fabulosamente rentadora, como se puede comprobar por el hecho de que nuestras flotas estatales, dan "supersuavits" que están lejos de alcanzar las restantes empresas oficiales. Por otra parte, juzgamos aceptable el pensamiento de Krotoschín cuando afirma, al referirse a la naturaleza jurídica de la indemnización por muerte, que "... se trata de una medida de asistencia social y se la ha calificado con razón como una especie de seguro a cargo del pa-

trono (que debería estar a cargo de la sociedad integrando un sistema de seguro social)" (op. cit. p. 454).

Los beneficiarios de la muerte del tripulante son los enumerados en la disposición citada y, a diferencia de lo preceptuado en la ley de accidentes n° 9.688, "ahora no cabe considerar que los vínculos familiares estén expresados con latitud, sino dentro de ese orden, o sea el establecido por el Código Civil para la transmisión hereditaria..." (cfr. Enrique Díaz de Guíjarro, "Tratado de Derecho de familia", tomo I, p. 147; véase también, "Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados", 1932, t. V, p. 792).

Cabe formular algunas advertencias con respecto a las modalidades de la indemnización por muerte: 1°) *Causa*: no interesa la causa del fallecimiento, vale decir, que ella se produzca por muerte natural o por propia voluntad del tripulante —suicidio—, con excepción del accidente de trabajo de carácter mortal, en cuyo caso se aplican también las disposiciones de la ley 9.688. La excepción a la regla para esta actividad, está en los distintos efectos jurídicos que arrastra el hecho de haber muerto en defensa del buque, lo que da lugar a la aplicación del art. 1015, Cód. Com. 2°) *Circunstancia en el desenvolvimiento del contrato*: la indemnización procede aun en los casos de interrupción temporaria del contrato de ajuste por vacaciones, enfermedades, etc. 3°) *Derecho adquirido a la indemnización por antigüedad*: la indemnización por fallecimiento sólo procede cuando el tripulante "hubiese adquirido ya el derecho a la indemnización por antigüedad..." (Krottschén, op. cit., p. 455, t. I). Esta "conditio sine qua non", antes difícil de verificar, en tanto los ajustes eran precarios, se da hoy con la máxima frecuencia porque el personal naval se ha convertido en la generalidad de los casos en permanente, en relación con una empresa naval, revistando en los cuadros activos de la patronal tantos años o más que los restantes dependientes de tierra firme. Es un incontestable argumento más para dar por sentada la procedencia de la aplicación de la ley 11.729 y similares. Así, en razón de que la indemnización por fallecimiento es calculada en cuanto a su monto y procedencia en base a la indemnización por antigüedad, no es óbice la existencia de diversos tipos de ajuste, siendo perfectamente posible efectuar los cálculos pertinentes.

El art. 25 del decreto 11.363 del año 1958, dispuso que la colocación del personal navegante podría efectuarse conforme a las siguientes modalidades: 1°) Por el término que se fije con acuerdo de partes; o 2°) Para cubrir vacantes de los planteles en "disponibilidad" con la finalidad de efectuar relevos y cubrir vacantes, en los buques" (Reglamento Funcional de la Sección Trabajo Marítimo de la Dirección General del Servicio de Empleo). Esto es una consecuencia de la evidente evolución que tantas veces señaláramos, que tiende a hacer permanente el ajuste con respecto

a un armador determinado, lo que conviene a la patronal inclusive por razones de selección de personal de acuerdo a la competencia, la conducta, la dedicación, el perfeccionamiento, etc. En una palabra, ha aumentado progresivamente el grado de estabilidad de estos trabajadores, por lo que las tan mentadas diferencias específicas con el resto de la masa laboral son hoy día una patente inexactitud.

Ante lo manifestado, ¿es procedente la indemnización por muerte en caso del personal en "disponibilidad" o "a órdenes"? La respuesta afirmativa se impone, desde que el frútilante es "... un trabajador dependiente que está obligado a poner su potencia laboral a disposición del patrono..." y que "... debe ejecutar el trabajo que el patrono le indica, dentro del marco fijado por el contrato..." (Krotoschín, I, p. 194). No interesa pues, que el navegante no se halle —al momento de producirse su deceso— a bordo de una nave prestando los servicios propios de su categoría y actividad; mas sí interesa que se encontrara a disposición del armador, presto para cubrir cualquier vacante que se produjera en los buques de la empresa, y esperando "órdenes" al respecto.

El otro supuesto mencionado —ajuste celebrado por el término que convengan las partes— es una hipótesis ya tradicional en este contrato, pero que tampoco ofrece dificultad en el cálculo de la indemnización. En primer lugar, la indemnización por muerte es procedente en los contratos de trabajo por tiempo o servicio determinados (verbi gratia, el ajuste "por viajes" o "por meses") y en ello están contestes la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia (cfr. Pozzo, II, pp. 408 y ss.; Ramírez Gronda, "Contrato...", n° 275) y no se vislumbra qué argumento podría esgrimirse para excluir este tipo de ajuste del tipo de contrato laboral mencionado. En segundo lugar, no tiene mayor trascendencia —a los efectos del cálculo— el que "... el trabajador haya prestado servicios en la empresa en virtud de diferentes contratos..." sino que lo que importa son "... los servicios prestados al mismo patrono..." (Krotoschín, I, p. 502 y p. 503), lo que aplicado al "sub-examine" destruye los reparos finales que podrían hacerse valer sobre la aplicación legal que propugnamos.

Con respecto a los beneficiarios deben señalarse algunos aspectos fundamentales. La jurisprudencia ha hecho extensivos los beneficios a la descendencia extramatrimonial, con lógicas razones no sólo jurídicas sino también sociales (Suprema Corte de la Pcia. de Ba. As.; fallo del 1/12/1953; J.A. 1954 —I— 349); pero en cambio, atento la remisión al Código Civil y los principios de que está informado este último cuerpo legal (art. 157, inc. 8° y art. 1014, Cód. Com.) se los ha negado a la esposa separada de hecho sin voluntad de unirse y a la concubina (Cám. Paz, 14/3/

1945; D.T., V: 234, con nota de Alejandro Unsain; no obstante, debe advertirse que no podría negarse el beneficio a la mujer del tripulante separada de hecho y sin voluntad de unirse, pero inocente de la causa de la separación (cfr. Salvador Fornieles, "Tratado de las Sucesiones", t. II, p. 51; J.A. 42:528; 58:875; 69:669; 70:872 y 71:779; La Ley, 79:7231).

No procede la duplicación prevista por el art. 67 del decreto-ley 33.302/45 (ley 12.921) y, por supuesto, se excluye la indemnización por falta de preaviso, dado el carácter taxativo de la enumeración legal, cuando dispone: "...tendrán derecho a la indemnización por antigüedad en el servicio...".

La muerte del patrono —en nuestro caso el armador— no extingue ni el contrato de ajuste ni ningún otro contrato de trabajo.

Los casos que hemos contemplado son los que constituyen —al se nos permite la expresión— la muerte normal del tripulante; pero algunas circunstancias especiales que rodean al siniestro pueden determinar la aplicación de distintas normas o sistemas jurídicos, más adecuados al caso. Tal, el fallecimiento del tripulante actuando en defensa del buque, o el accidente del trabajo: en el primer supuesto se aplica la disposición contenida en el art. 1015 del Código, sin perjuicio de lo que correspondiera según el régimen "supra" estudiado; en el segundo supuesto las prescripciones de la ley n° 9.688 que consideramos "in totum" al estudiar lo relativo a los accidentes de los trabajadores de la navegación.

La norma citada —art. 1015— tiene un fundamento histórico: fomentar en el tripulante el interés por la defensa del buque desde el punto de vista pecuniario, ante el peligro representado —en otras épocas— por los piratas, corsarios y las frecuentes guerras marítimas. Esta norma sólo sería aplicable contemporáneamente en caso de guerra internacional, pero —según se desprende de la experiencia vivida en los dos grandes conflictos mundiales de 1914 y de 1938, los Estados dictan en dichas circunstancias regulaciones especiales que deben incluirse en la legislación bélica de emergencia que, por naturaleza, es transitoria. El art. 1015 dispone: que "...cualquiera que haya sido el ajuste, el individuo de la tripulación que haya muerto en defensa del buque, será considerado vivo para devengar los sueldos, y participar de las utilidades que correspondan a los de su clase, hasta que el buque llegue al puerto de su destino".

¿Cuál es la naturaleza jurídica de los beneficios que acuerda esta disposición del Código? Creemos que no se trata de una simple indemnización por fallecimiento, ni de sueldos devengados pero no percibidos —igual en el caso de las utilidades— sino que nos

encontramos con un beneficio extraordinario que tiene el carácter de premio o recompensa especial por el celo puesto de manifiesto por el tripulante en esas circunstancias graves; no otra es la interpretación que surge de la finalidad buscada por la norma y de sus antecedentes históricos. En consecuencia, la indemnización por muerte sabidamente prevista por la ley 11.729 —para el hipotético caso en que llegue a modificarse el criterio estrecho judicial— y el beneficio comentado son acumulables, desde que la primera corresponde abonarla a título indemnizatorio o resarcitorio —*fin de seguridad social*— y cualquiera sea la causa de la muerte, en tanto que el segundo se otorga como una verdadera “recompensa de guerra” —*fin de gratificar o premiar*.

La forma de liquidar esta recompensa de guerra es la que prescribe el art. 1316, incs. 7º y 8º del Código de Comercio: “Averías gruesas o comunes son, en general, todos los daños causados deliberadamente en caso de peligro, y los sufridos como consecuencia inmediata de estos sucesos, así como los gastos hechos en iguales circunstancias, después de deliberaciones motivadas, para la salvación común de las personas o del buque y cargamento, conjunto o separadamente, desde su carga y partida hasta su vuelta y descarga. Salvo la aplicación de esta regla general en los casos que ocurran, se declara especialmente avería común: ... 7º) La curación, manutención e indemnización de los individuos de la tripulación, heridos o mutilados en defensa del buque; 8º) La indemnización o rescate de los individuos de la tripulación, aprisionados o detenidos durante el servicio que prestaban al buque o a la carga; ...”.

En el contrato de ajuste —como en todo contrato de trabajo— el despido es, entre las causales no provenientes de la fuerza mayor, la más importante de las que ponen fin al ajuste. El despido es “... la declaración unilateral por la cual se pone término al contrato para lo futuro” (Krotoschin, *op. cit.* t. I, p. 488). Una pequeña crítica nos atrevemos a hacerle a esta definición: pareciera que en ella se involucra, en forma indistinta, también a la renuncia. En realidad, el despido es la manifestación externa de voluntad por la cual el armador —o quien lo represente por la ley o el contrato— pone fin unilateralmente al ajuste. La renuncia, en cambio, es también una manifestación unilateral, pero emanada libremente del tripulante, con el mismo objetivo que el despido, o sea, poner fin a la mutua relación laboral. Nos referimos, seguidamente, al despido “*stricto sensu*”.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el despido es un acto jurídico que tiene por fin inmediato aniquilar los derechos provenientes del cumplimiento del contrato laboral (cfr. art. 944 del Código Civil). Para no abundar en consideraciones más propias de un tratado general de derecho del trabajo, damos

aquí por reproducidos todos los aspectos que caracterizan a este instituto lusolaboral. Interesa si, analizar el régimen legal al que se encuentra subordinado el despido de los trabajadores de la navegación acuática. Hemos dejado sentado en un capítulo anterior de este estudio, la procedencia de la aplicación de las leyes 11.729 y 12.921 —dec. 33.302/45— a la mal llamada "gente de mar". Partiendo de esta base se nos presenta la difícil mas no imposible tarea, de coordinar las disposiciones de dichas leyes con las contenidas en el Libro III del Código de Comercio. El principio apriorístico que debe presidir "prima facie" esta cuestión, es el de la norma más favorable al tripulante.

En primer lugar, señalemos que no se plantea ninguna discordancia con la aplicación a la actividad del art. 354; por el contrario, por tratarse de una norma genérica es una segura guía para apreciar cabalmente la conducta de cualquier trabajador, al ordenar que "... los empleados de comercio —factores, dependientes, viajeros, encargados u obreros que realizan tareas inherentes al comercio— son responsables ante sus principales de cualquier daño que causen a sus intereses por dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones". Es interesante señalar que el Código Penal ha incriminado específicamente una figura dolosa en navegación, el abandono de servicio o desertión, castigada en el art. 195 del citado cuerpo legal, que merece consideraciones extensas e impropias de un trabajo de esta índole.

Dice Malvagni (op. cit. p. 332) que un principio fundamental en el ajuste es el derecho del capitán a despedir al tripulante cuando lo estime conveniente, señalándolo como algo exclusivo de esta rama laboral. Creemos equivocada la tesisura. Hay que partir de un criterio inequívoco: la estabilidad. Todo patrono —y no solamente el capitán (se entiende que considerado como representante del armador)— tiene en nuestro derecho positivo la facultad de despedir al trabajador cuando lo estime oportuno. De ahí que en la gran mayoría de los casos, nos hallamos ante una "estabilidad" impropia. Como lo destaca Krotoschka, el único caso de estabilidad "en sentido propio" es el de "... los empleados bancarios y de los que prestan servicios en las empresas de seguros, reaseguros, capitalización y ahorro para la vivienda familiar, y desde luego, aun dentro de estas categorías, sólo con respecto a los trabajadores permanentes" (op. cit. p. 531). Vale decir, que en estos excepcionales casos, el patrono no puede alejar a la persona del trabajador, si no media justa causa, lo que no es salvable con ninguna indemnización, como no sea la terriblemente gravosa carga de tener que pagarle sus salarios hasta el día en que se halle en condiciones de acogerse a los beneficios jubilatorios.

El tripulante entra en la regla general. No podría, por ende, obligar al armador a tomar sus servicios por la fuerza: su derecho, cuando se concreta, se resuelve en una suma limitada de carácter resarcitorio.

El art. 991 del Cód. Com. dispone: "El hombre de mar después de matriculado no puede ser despedido sin justa causa". El párrafo induce a creer en la existencia de una estabilidad "stricto sensu" (cfr. Malvagni, op. cit. p. 332). Ello está en contradicción con la letra y el espíritu del art. 988 y sus concordantes, y con el 157, inciso 1°, ley 11.729. El art. 991, primera parte, debe interpretarse con el agregado "...sino a cambio de la indemnización que corresponda por la ruptura arbitraria".

Para terminar, intentamos una enunciación de las que deben considerarse "justas causas" de despido en la materia: 1°) Daño causado a los intereses del armador por dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones (art. 154 Cód. Com.) y, por ende, la perpetración de cualquier delito o hecho que perturbe el orden en el buque, la reincidencia en insubordinación y la falta de disciplina o de cumplimiento del servicio que le corresponde hacer (art. 991, inc. 1°); 2°) Todo acto de fraude o abuso de confianza, establecidos por la sentencia judicial (art. 160, punto A, inciso 1°); 3°) Ignorancia del servicio para que se hubiere contratado (art. 991, inc. 3°) o incapacidad para desempeñar los deberes y obligaciones a que se sometieron, excepto cuando es sobreviniente a la iniciación del servicio (art. 160, punto A, inc. 2°), así como cualquier ocurrencia que inhabilite al hombre de mar para el desempeño de sus obligaciones, con excepción de los casos prevenidos en el art. 1010 (art. 991, inc. 4°); 4°) Negociación por cuenta propia o ajena, sin expreso permiso del principal, cuando afecta los intereses de éste (art. 160, punto A, inc. 3°); 5°) Injuria que haya hecho el uno a la seguridad, al honor o a los intereses del otro o de su familia, teniendo en consideración el carácter de las relaciones entre superiores (capitán, oficiales, etc.) e inferiores (tripulantes) (art. 159 Cód. Com.); 6°) Embriaguez habitual (art. 991, inc. 2°); 7°) Rebaja injustificada de los sueldos, salarios, comisiones, u otras medidas de remuneración no aceptada por los afectados, dando lugar al despido indirecto (art. 157, inc. 3°); y 8°) No ir a bordo con su equipaje y provisiones para seguir viaje el día convenido, o en su defecto, el señalado por el capitán, para ayudar al equipo y cargamento del buque, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 990 (art. 989, inc. 1°).

No nos queda sino señalar que en el otro contrato de ajuste, el linde entre el despido y la renuncia se acentúa, ya que ésta última se halla totalmente restringida por normas de orden público de la navegación, que tienen fundamentalmente en cuenta la seguridad de la vida humana y del buque y su cargamento,

en alta mar o en crucero, lo que se patentiza en los arts. 894, 895 y 896 y concs. del Código de Comercio.

XIV. — LA REFORMA DEL LIBRO III DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Parece innecesario destacar la urgente necesidad de una reforma orgánica e integral de las disposiciones del Libro III del Código de Comercio, relativas a la navegación en general y al contrato de ajuste en particular que reiteradamente fuera aconsejada por tribunales, juristas y los propios interesados.

Por decreto n° 5.496 de fecha 6 de mayo de 1959, dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, publicado en el Boletín Oficial del 13 de mayo de 1959, dispónese aprobar (art. 1°) "...el convenio celebrado por el señor Ministro Secretario en el Departamento de Educación y Justicia con el doctor Attilio Malvagni para la redacción de un proyecto de ley general de la navegación". En los considerandos del decreto en cuestión, se expresa "...que la antigüedad de las disposiciones del Código de Comercio referente a la navegación —Libro III— cuya sanción data del año 1889, la aparición de nuevas instituciones y de modernas figuras contractuales no contempladas en el Código, las transformaciones del derecho laboral de la navegación, cuyas normas deben adaptarse a las características actuales del transporte por agua y a los modernos principios que rigen en la materia, la necesidad de que las autoridades del buque cuenten con los recursos que en todas las legislaciones marítimas existen para el mantenimiento de la disciplina, conservación del orden y seguridad del buque y de la carga y vidas humanas que en él navegan. ... hacen imprescindible un cuerpo de disposiciones que abarque integralmente, con carácter uniforme, todos los referidos aspectos y constituya... una inmediata readaptación del Libro III del Código de Comercio...".

Se agrega, por otra parte, que esta necesidad hace tiempo palpita en el medio institucional interesado y que, dentro del criterio adoptado por el Poder Ejecutivo en lo que respecta a las reformas de la legislación de fondo, se sustenta el sistema de "...encargar la redacción de anteproyectos a juristas especializados y la posterior revisión por una comisión asesora y consultiva integrada por representantes de las entidades vinculadas a la materia...". En efecto, el art. 2° concreta una invitación a diversas entidades privadas y estatales, para designar sendos representantes que tendrán esa finalidad de estudio y revisión del anteproyecto, comenzando por el más Alto Tribunal de la Nación. La comisión tiene un plazo de 120 días para elevarlo al Poder Ejecutivo, acompañando un informe detallado con las sugerencias que estime apropiadas.

Des interrogantes cabe formular: 1^o) ¿Es oportuna la reforma?; y 2^o) ¿Es acertado el sistema adoptado para llevarla a cabo?

Con respecto a lo primero, damos nuestro parecer afirmativo. Se han formulado algunas críticas a las reformas de varios e importantes sistemas legales, encaradas por el Poder Ejecutivo, con fundamento en las situaciones críticas del país. El argumento carece de relevancia, si se tiene presente que se trata de legislaciones que cuentan con muchos años de vigencia, anticuadas por el evidente diásporo producido al chocar el sistema jurídico con una realidad distinta a aquella a que iba destinado. Tiempo hubo de sobre—más de setenta años— para que la doctrina, la jurisprudencia y los propios interesados estimaran las bondades y los defectos. Es necesario, por sobre todo, acabar con normas anquilosadas, teniendo en cuenta los resultados a que se ha arribado en constante superación, en la Organización Internacional del Trabajo. No es posible postergar por más tiempo la reforma de leyes dictadas para la navegación a vela, con travesías marítimas lentas y riesgosas en sumo grado, cuando se la aplica en la actualidad con resultados ridículos a los veloces y modernos transatlánticos que surcan los mares del mundo. Ya se dijo con toda razón que "... mediante una codificación clara y sistemática de las leyes nacionales de cada país, los marinos del mundo entero, estén empleados a bordo de buques pertenecientes a su propio país o a un país extranjero, podrán conocer mejor sus derechos y sus deberes, y considerando que esa codificación adelantará y facilitará el establecimiento de un código internacional de los marinos..." (Recomendación de la Sesión de Génova, año 1920, de la Conferencia Internacional del Trabajo).

En lo que respecta al segundo interrogante que nos planteáramos, el sistema adoptado para cristalizar la tan manida reforma es aceptable y criticable, en parte. El criterio de encargar la redacción de un cuerpo legal sistemático y orgánico a un jurista especializado, rinde grandes beneficios desde el punto de vista de la unidad de criterio y el orden consiguiente. La elección es, por otra parte, ponderable, si se tiene en cuenta que el profesor Malvagni, ex profesor de la Universidad de Buenos Aires, posee una vasta preparación no sólo jurídica sino también técnica en la especialidad.

Debemos, no obstante, formular reparos a las facultades asignadas a la Comisión "ad hoc". El devenir histórico ha comprobado que de este tipo de revisiones surgen sólo dificultades de interpretación en la aplicación de las normas. Las críticas que señalan los defectos de un cuerpo legal deben provenir, principalmente, de

los magistrados, como que esa es la tarea propia y substancial de la jurisprudencia, teleológicamente constructiva y perfeccionadora.

Es de desear, al margen de estas críticas, que la obra proyectada llegue a feliz término y se convierta en ley de la Nación. Lo exigen los adelantos de la Ciencia del Derecho y los principios de justicia y equidad social en defensa de los trabajadores navales, clase activa que con su sacrificio coadyuva al progreso de la civilización; y los altos ideales proclamados en los ya lejanos días de la postguerra de 1918, concretados en la Parte XIII del Tratado de Versalles. Con el pensamiento puesto en estos postulados, damos término a este estudio, el que no pretende ni mucho menos, la calificación de original o la perfectibilidad del tratado, sino tan sólo presentar a la consideración del estudioso del derecho, un panorama breve y sintético de la actividad profesional analizada. Haberlo conseguido, sería nuestro mayor premio.

LIBERTAD DE CULTOS Y LEY DE ADOPCION

Por

CARLOS A. R. LAGOMARSINO

Con fecha 16 de diciembre de 1957, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el voto de los Doctores Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañaraz, Enrique V. Galli, Carlos Herrera y Benjamín Villegas Basabilbaso, dictó sentencia definitiva¹ en un interesante caso judicial que ha concitado la atención de prestigiosos autores y suscitado comentarios en el foro en general.

Los hechos fueron los siguientes: un menor que se hallaba bajo el cuidado y la atención de un matrimonio desde los cuatro años de edad va a ser adoptado. A tal fin, el Sr. S... y su Sra. inician el correspondiente juicio de adopción que marca la ley 13.252; decidiéndose en primera instancia declarar procedente la adopción, pero imponiendo a los padres adoptivos la obligación de educar a su hijo en un colegio católico; decisión ésta contra la cual se alzan los actores (que profesaban la religión hebrea) llegando el caso ante la Cámara Civil. Esta denegó la adopción, porque haciendo uso de las facultades que le confiere al tribunal el art. 9, inc. e) de la ley 13.252, la consideró como no conveniente para el menor debido a la diferencia de cultos entre el mismo (que había sido bautizado según el rito católico) y los padres adoptivos². Y es precisamente contra esta sentencia que por recurso extraordinario los actores llegan hasta el más alto tribunal de Justicia de la Nación, por considerar que la misma viola el derecho que el art. 14 de la C. Nac. consagra para todos los habitantes, de profesar libremente el culto.

Estos son escuetamente planteados los hechos que han dado origen al fallo en cuestión, que es el primer antecedente en la materia y que por lo tanto debe merecer especialísima atención, porque implica sentar un precedente para casos análogos.

Veamos entonces si con Ayarragaray³ aplaudimos talurosa-

¹ Ver J. A.: 1958, II; pág. 408.

² Es el único argumento que se esgrime, ya que todos los requisitos que exige la ley 13.252 se hallaban cumplidos.

³ AYARRAGARAY, CARLOS A.: Reflexiones conceptuales acerca de un fallo, en op. y loc. cit. en nota 1.

mente el fallo, o sí con Bidart Campos⁴ (quien comparte en lo substancial la opinión de Bielsa⁵) "esperamos que no sea la palabra definitiva".

El caso, (como ya pudo advertirse) ha tenido de inmediato tres comentadores: Ayarragaray, Bielsa y Bidart Campos. Solamente el primero se pronuncia en forma favorable. Lástima es, que este autor haya dejado correr tan velozmente su fluida pluma y escapado así a la concreción que el caso necesitaba. De todos modos, el pensamiento de Ayarragaray en lo que hace a nuestro asunto, puede resumirse como sigue: el fallo de primera instancia es inadmisibile, porque nadie puede obligar al padre adoptivo a educar al adoptado en un colegio católico; el de segunda instancia es atropelladamente violatorio de la C. N. en su art. 14 y por lo tanto, plausible la sentencia de la Corte que la revoca y hace lugar a la adopción eliminando el requisito que se imponía al padre adoptivo en primera instancia.

El Defensor Oficial y el Procurador General de la Nación, Dr. Sebastián Soler, fundaron también su opinión en la inconstitucionalidad de la sentencia de la Cámara y aconsejaron su revocación.

Bielsa, en una nota publicada en La Ley, ataca el fallo de la Corte por considerar que no debió declararse procedente el recurso extraordinario ya que no se habría restringido en su entender, ningún derecho ni garantía al candidato a adoptante, ni se le creó incapacidad alguna, ni se le ha impuesto condición inadmisibile (art. 531 C. Civil), como lo sostuviera Soler en su dictamen.

Por su parte Bidart Campos, que hace un estudio meduloso del expediente (y del cual extrae algunas observaciones marginales muy interesantes)⁶ cree que el fallo de la Corte es el que lesiona la libertad de cultos, no ya del adoptante, sino del menor a adoptar y la de su padre por naturaleza quien en ejercicio de la patria potestad puede imponer a su hijo sus ideas religiosas. Por otra parte, afirma Bidart Campos, con la sentencia de segunda instancia "el adoptante... no sufría violación alguna en su libertad confesional...".

Sin embargo, cabe observar, aunque Bidart Campos lo silencie, que el fallo de 1ª Instancia sí, es incuestionablemente inconstitucional, porque declarando procedente la adopción imponía al padre adoptivo una obligación que atentaba contra su libertad de cultos; ya que según la ley 13.252 la patria potestad se transfiere al padre adoptivo (art. 14). El, es desde el momento de la sentencia el tífo-

⁴ Bidart Campos, Gerardo J.: La tutela de la libertad religiosa en los menores a adoptar, en J. A.; 1958, IV; Sec. Doctr. pág. 110.

⁵ Bielsa, Rafael (Prólogo) en La Ley, tomo 89, pág. 577.

⁶ Son estas observaciones las tomadas luego como base en el trabajo titulado "La nulidad de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia (El caso Schwaartz)" publicado en diario La Ley del 4 de diciembre de 1958, pág. 1.

lar de los derechos inherentes a la patria potestad y por lo tanto son sus derechos y sus garantías las que se violaban con la decisión.

Por otra parte decir que el fallo de segunda instancia en nada menoscaba la libertad de cultos del padre adoptivo es un error por cuanto, la libertad de cultos no es un derecho restringido, sino amplio. Practicar libremente el culto significa también no sufrir consecuencias no establecidas por la ley al hacerlo. ¿De qué sirve pues una libertad teóricamente reconocida, cuyo ejercicio impide adoptar un menor? ¿Se profesa así libremente el culto? O es que ocurre lo mismo que con aquellos políticos demagogos que se hinchan hablando de libertad, pero que persiguen a quienes osan ejercitar un ápice siquiera del pregonado derecho.

Si la libertad de cultos sólo implicara concurrir libremente a un templo, rezar oraciones en el hogar, venerar a uno o más dioses, no sería necesario el principio del art. 14 de la C. N., ya que bastaría con la amplia consagración del art. 19 de la C.N. (Las acciones privadas...)

Por ello creemos que la sentencia de la Corte ha sido sabia en su contenido al revocar la denegación de adopción de la Cámara. Y muy contrariamente al deseo de Bidart Campos, antes expresado, confiamos en que en casos futuros que pudieran presentarse se mantenga invariable el criterio sustentado.

—

ENSAYOS

11

EL "DERECHO DE INSPECCION" DE LOS ACCIONISTAS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Por
LUIS PONFERRADA (h.)

- I. — Introducción.
- II. — Concepto y Fundamento.
- III. — Principios y Normas Aplicables.
- IV. — El Titular del Derecho.
- V. — Requisitos Indispensables.
- VI. — Libros y Documentos Susceptibles de Inspección.
- VII. — Ejercicio del Derecho.
- VIII. — Sanciones.
- IX. — Conclusión.

I. — INTRODUCCION

Conforme a la estructura clásica de la sociedad anónima, el Directorio juega un papel puramente ejecutivo, limitado al mero desempeño de funciones administrativas, mientras la Sindicatura vigila la faz financiera de la conducción de los negocios y los accionistas —reunidos en Asambleas— ejercen plénamente el gobierno real y efectivo de la compañía.

Tal distribución de poderes experimentó un cambio fundamental en las últimas décadas.

El poderío del Directorio se consolida paulatina y constantemente. Ahora, los directores son la autoridad suprema y, en principio, adoptan por sí mismos y casi sin ninguna participación de los socios medidas trascendentales para la prosperidad o el fracaso de la empresa: eligen y establecen íntegramente su política económica, disponen y cumplen casi todo negocio social y aún deciden el destino de la compañía.

En cuanto a nuestra Sindicatura, casi resulta impropio recordar que la doctrina unánime admite su fracaso rotundo en la ténica labor de fiscalización y control.

Y las atribuciones de las Asambleas se han diluido y atenuado tanto que, en rigor, se circunscriben normalmente a la periódica

elección (o reelección) de directores y auditores y a la rutinaria aprobación anual de un balance y otros documentos más o menos importantes. Aún hay quienes creen en la "soberanía" de las Asambleas; pero esto es cosa del pasado y hoy sólo perdura como un mito.

Ante tales cambios, cabe preguntarse cuál es la posición actual del accionista, especialmente del pequeño accionista.

Sin duda, ha perdido poco a poco buena parte de su tradicional gravitación en el manejo de los asuntos sociales. Es que el accionista olvida y abandona varios de sus privilegios y derechos propios. Su desinterés, su indolencia y su docilidad ayudaron a consolidar la inexorable transformación.

Precisamente, los accionistas argentinos suelen desvincularse demasiado de sus respectivas empresas. Algunos reciben anualmente ("por lo menos diez días antes del fijado para la asamblea general", art. 362, Cód. Com.) ciertos documentos informativos, bastante lacónicos y a menudo muy complejos, que el Directorio está obligado a remitirles. Pero carecen de la posibilidad de obtener amplias informaciones sobre tópicos especiales y concretos.

¿Qué pasaría si un accionista quisiera consultar, fuera de la Asamblea, algún libro de contabilidad o tal o cual asiento determinado? Simplemente, no puede. No tiene ningún derecho, ni interesa que sus razones o motivos sean de lo más legítimos y respetables. Así responden nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes.

Creemos, sin embargo, que el tema merece un nuevo análisis. Porque esta interpretación acaso implique desconocer un categórico precepto legal: "En ninguna sociedad se puede negar a los socios el derecho de examinar los libros, correspondencia y demás documentos que comprueben el estado de la administración social" (art. 284, Cód. Com.).

Siendo continental y cosmopolita el derecho de compañías, pues en todos los países son análogas las relaciones societarias, interesa estudiar el derecho comparado y, ante todo, el derecho vigente en los Estados Unidos, donde las grandes organizaciones de negocios han llegado a tener cientos de miles de accionistas.

II. — CONCEPTO Y FUNDAMENTO

En los Estados Unidos los accionistas son titulares del derecho de inspección (*right of inspection*). Lo cual significa, según la acertada descripción de MACKEN¹, que "si bien no tienen un

derecho absoluto de revisar todos los libros y papeles de la compañía, debe reconocérseles —en cambio—, reunidas ciertas circunstancias, el privilegio de examinar algunos de ellos, para el cumplimiento de ciertos propósitos u objetivos¹.

El derecho de inspección involucra la facultad accesoria de sacar copias, extractos y resúmenes de los libros consultados.

El ejercicio de aquella prerrogativa implica, en última instancia, una aplicación o corolario del derecho de propiedad. Los autores americanos, con criterio realista, aceptan y señalan que los únicos y verdaderos dueños de todos los bienes de la sociedad anónima (y, concretamente, de los libros y documentos) son, al fin y al cabo, los accionistas. Y, "puede haber algo más claro y simple que aquello de que el dueño de determinados bienes tenga un evidente derecho de examinar sus propias pertenencias"².

III. — PRINCIPIOS Y NORMAS APLICABLES

Un antiguo principio del *common law* atribuye a todo accionista el derecho de inspeccionar los libros y papeles de su compañía, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que el peticionante obre impulsado por un propósito justo (*proper purpose*) y b) que el examen se practique en razonables circunstancias de tiempo y lugar (*reasonable time and place*)³.

Actualmente, el derecho de inspección está regulado, en casi todos los Estados —una excepción es Nebraska— por disposiciones legales específicas, aunque bastante dispares en su contenido y alcance⁴. Y en algunos (California y Luisiana)⁵ hasta existen expresas normas constitucionales aplicables. Pero el viejo principio del *common law* mantiene su vigencia y se invoca subsidiariamente.

¹ ARTHUR W. MACMAHON, "A Treatise on the Law of Corporations", Boston, 1908, t. 2, § 1025, p. 893.

² William Coale Development Co. v. Kennedy, "Ohio State Reports" t. 121 p. 542, "North Eastern Reporter", t. 173, p. 434.

³ H. L. OLCOCK y W. R. HIGGINS, "Modern Corporation Law", Indianapolis-Nueva York, 1950, t. 3, § 1555, p. 804-805; ROBERT S. SWEENEY, "Handbook on the Law of Private Corporations", San Pablo, Minnesota, 1^a ed., 1936, p. 425-433, y 2^a ed., 1949, p. 487-499; HENRY W. BALLANTYNE, "Corporations", Chicago, ed. rev. 1946, p. 376; WILLIAM H. SPENCER, "A Treatise of Law and Business", 2^a ed., York, Pennsylvania, 1938, p. 1053; DWIGHT A. POITSEVOY, "Business Law", 2^a ed., Cincinnati, Ohio, 1930, p. 267.

⁴ Las leyes de compañías de todos los Estados de la Unión pueden consultarse en el "United States Corporation Manual", publicado anualmente en Nueva York, en dos volúmenes, por la United States Corporation Company.

⁵ Constitución de California, art. 12, § 14; Constitución de Luisiana, art. 275.

Además, en cada caso particular corresponde tener en cuenta, por supuesto, las especiales reglas incorporadas al acto constitutivo o a los estatutos de la compañía.⁸

IV. — EL TITULAR DEL DERECHO

El *corpus* las confería el derecho de inspección a todo accionista. Numerosas leyes mantuvieron esta solución.

Las más recientes legislaciones, en cambio, se proponen impedir que los libros sociales permanezcan a disposición de especuladores desvinculados casi en absoluto de la empresa (aquellos que compran sus acciones hoy, para venderlas mañana) o de poseedores de un ínfimo número de títulos. Con este objeto, añaden ciertas condiciones que el accionista debe reunir (alternativa o conjuntamente) para ser titular del derecho de inspección, condiciones que generalmente radican en la exigencia de cierta "antigüedad"⁹ en la empresa o la posesión de un determinado porcentaje del total de las acciones emitidas. Así, por ejemplo, en Michigan se requiere que el socio tenga como mínimo una antigüedad de 3 meses y posea por lo menos el 2 % de todas las acciones en circulación¹⁰; en Luisiana, 6 meses y 2 %¹¹; en Maryland, 6 meses y 5 %¹²; en Illinois, 6 meses o 5 %¹³; en Nueva York, 6 meses o 5 %¹⁴ y en Wisconsin solamente 6 meses de antigüedad¹⁵.

⁸ V. KASHIMIROV, "Provisions in Corporate Charters and By-Laws Governing the Inspection of Books by Stockholders", en "Georgetown Law Journal", t. 33, p. 237.

⁹ En los Estados Unidos no existen las acciones al portador. En los libros de la compañía (normalmente en el stock book) figuran los nombres de cada uno de los propietarios de acciones. Los socios debidamente inscritos son llamados stockholders of record. En consecuencia, cuando alguna ley establece que sólo podrán ejercer el derecho de inspección quienes hayan sido stockholders of record por lo menos durante un cierto número de meses anteriores a su solicitud, lo que en rigor se exige es determinada antigüedad del accionista.

¹⁰ Michigan General Corporation Act, § 450.45.

¹¹ Louisiana Business Corporation Law, § 36E.

¹² FLORA, "Maryland Annotated Code, 1957", Art. 23, § 47-4.

¹³ Illinois Business Corporation Act de 1933 (reformada por las Leyes de 1947), § 45.

¹⁴ New York Stock Corporation Law, § 10. Cumpde recordar que las leyes de Nueva York sólo mencionan el libro de accionistas (stock book). Acorta de la legislación y jurisprudencia neoyorkinas, véase "New York Laws affecting Business Corporations", revisadas hasta el 25 de abril de 1956, publicación de la United States Corporation Company, Nueva York, 40ª ed., 1956, p. 199-204; y para un mayor desarrollo, el profundo estudio de J. B. BASTALL y E. J. T. FLEMING, "Inspection of Corporate Books and Records in New York by Stockholders and Directors", en "Cornell Law Quarterly", t. 38 (año 1953), p. 289-320.

¹⁵ Wisconsin Business Corporation Law de 1951, § 180.43(2).

V. — REQUISITOS INDISPENSABLES

1. — ANTECEDENTES.

El *common law* no confería a los accionistas un derecho absoluto o irrestricto, sino relativo o condicionado, esto es, subordinado a la concurrencia de aquellos requisitos antes mencionados: a) que el socio obre impulsado por un propósito justo, y b) que el examen se practique en razonables circunstancias de tiempo y lugar.

Las primeras leyes de compañías siguieron el mismo principio y repitieron esa fórmula secular.

Empero, hubo un momento en que algunas importantes sociedades anónimas se opusieron temeramente al ejercicio del derecho de inspección, invocando toda suerte de objeciones y reparos intrascendentes para ensayar alguna justificación a sus arbitrarias negativas. En estos casos, si el accionista persistía aún en su propósito y optaba por comparecer ante los tribunales en desafío, casi siempre, costosas e interminables controversias judiciales.

Semejante actitud de las empresas determinó que las Legislaturas de varios Estados decidiesen reformar las pertinentes disposiciones legales, con el propósito de proteger a los accionistas. De ahí que se dictaran numerosas leyes que, al consagrar el derecho de inspección, suprimían los antiguos requisitos.

Las cortes americanas interpretaron que si los textos legales no subordinaban expresamente el ejercicio del derecho de inspección a requisito alguno (y, especialmente, si no se exigía la concurrencia de un propósito justo), debían necesariamente interpretarse como atributivos de un derecho absoluto o irrestricto (*absolute, unqualified*), derecho que el accionista podría ejercer legítimamente cualesquiera fuesen sus objetivos¹⁴, incluso en hipótesis chocantes como la del competidor inescrupuloso que pretende apoderarse de informaciones confidenciales¹⁵.

Estas leyes y su consiguiente interpretación jurisprudencial resultaron excesivamente liberales. El accionista quedaba inves-

¹⁴ *Cincinnati Volksklub Co. v. Hoffmeister*, "Ohio State Reports", t. 62, p. 189, "North Eastern Reporter", t. 34, p. 5033, "Lawyers Reports Annotated", t. 48, p. 713, *Kassir v. Crisply-Grunewer Co.*, "Illinois Appellate Court Reports", t. 268, p. 574 (s. acerca de esta caso, la Nota "Right of Stockholder to Inspect Corporate Books and Records", en "Illinois Law Review", t. 27, p. 828).

¹⁵ Así lo decidió la Corte de Illinois en el caso *Frost v. Bawleigh Medical Co.*, "North Eastern Reporter", t. 118, p. 763.

tido de un privilegio prácticamente ilimitado, lo cual posibilitaba abusos graves.

HIRSH L. JONES¹⁸ recuerda que Wall Street dió un suspiro de alivio (*a sigh of relief*) en junio de 1933, cuando los diarios anunciaron la muerte de Clarence Herbert Verner. El "viejo" Verner acostumbraba comprar unas pocas acciones de alguna poderosa empresa y de inmediato se presentaba a ejercer su ilimitado derecho de inspección. Cuando las leyes del Estado no exigían requisitos especiales, casi ningún obstáculo o excepción le era oponible. Bastaba con que descubriera la irregularidad más insignificante para que amenazase a los directores con temibles y complejas demandas judiciales. Si la sociedad compraba sus acciones por un alto precio, él desistía y se retiraba triunfante. Pero si aquélla no claudicaba ante sus pretensiones, Verner emprendía una sonora campaña de publicidad y propaganda capaz de hacer temblar a los directores. Los repertorios de jurisprudencia están llenos de casos en que Mr. Verner o su organización —la *Continental Securities Company*— intervino como actor.

Las frecuentes maniobras de esta índole prepararon el camino para un plausible "retorno"¹⁹ al sistema del *common law*, característico por los sabios requisitos que imponía. Este "retorno" se concreta y materializa a través de nuevas orientaciones jurisprudenciales y de importantes reformas legislativas.

Los más recientes fallos revelan cómo, por diversas vías, los jueces lograron reaccionar contra aquellas soluciones. A veces, invocaron exclusivamente razones de orden procesal, decidiendo que si bien en tales supuestos el accionista tendría un derecho intrínsecamente absoluto, las cortes no concederían el *warrant* indispensable para compeler judicialmente a la compañía a exhibir sus libros (desde que la concesión del *warrant* es una facultad discrecional de los tribunales) cuando se probase que el accionista actúa movido por propósitos injustos o indignos²⁰. Otras veces se dijo que esas normas tienen, para y simplemente, el carácter de

¹⁸ HIRSH L. JONES, "Corporation Finances", Nueva York, 1946, p. 63.

¹⁹ NORMAN D. LATTIN, "The Law of Corporations", Brooklyn, 1939, p. 290; *Evans*, op. cit. (nota 3), 2ª ed., p. 492.

²⁰ *People ex rel. Britton v. American Press Ass'n*, "Appellate Division Reports, New York Supreme Court", t. 148, p. 651, "New York Supplement", t. 133, p. 216; *Huxley v. National Bank of Middletown*, "Appellate Division Reports, New York Supreme Court", t. 252, p. 212, "New York Supplement", t. 239, p. 241; *Slag v. Paloma Publishing Co.*, —Michigan—, "North Western Reporter", t. 329, p. 434, *idde. in Note "Mandamus to Enforce Shareholder's Right to Information"*, en "Harvard Law Review", t. 23, p. 662.

"declaratorias" del derecho conferido al accionista por el *common law* y que, en consecuencia, tal derecho seguía condicionado a los tradicionales requisitos¹⁹.

Simultáneamente, en muchos Estados cuya legislación se había apartado del *common law* en este punto, se revisaron los textos correspondientes, sancionándose las indispensables reformas. Típicos ejemplos de este "retorno" legislativo al sistema del *common law* son los de Wisconsin e Illinois.

En Wisconsin no se exigía la concurrencia de condiciones especiales para el ejercicio del derecho de inspección. La Corte de Wisconsin declaró, en 1841, al resolver el famoso caso "Pick v. Westbar Stamping Corp."²⁰ que las leyes del Estado concedían un absoluto derecho de inspección y que la justicia no podía negar el *mandamus* para hacerlo efectivo aunque el actor persiguiese malignos o nocivos propósitos; en la especie, la exhibición era solicitada por un competidor comercial, dueño de un minúsculo porcentaje de acciones de la empresa demandada. Este fallo desencadenó un movimiento de opinión que culminó con la enmienda de la ley de compañías. El nuevo texto sólo acordaba el derecho de inspección si media "algún propósito justo" (*any proper purpose*)²¹.

Muy parecido es el caso de Illinois. La ley de compañías de 1919 (así como todas las anteriores, a partir de 1870), no subordinaba la inspección a requisitos concretos. Y también la jurisprudencia de este Estado interpretó, en la mayoría de los casos, que el socio gozaba de una prerrogativa absoluta. Pero la Illinois Business Corporation Act de 1933 dispuso que el derecho de examen corresponde siempre y cuando concorra "algún propósito justo"²², y esta norma (§ 45) subsiste después de las reformas de 1947.

¹⁹ O'Hara v. National Biscuit Co., "New Jersey Law", t. 65, p. 118; "Atlantic Reporter", t. 54, p. 241. *Szman v. Capital Theatre*, "New Jersey Miscellaneous", t. 3, p. 120; "Atlantic Reporter", t. 123, p. 325. *Drake v. Newton Amusement Corp.*, "New Jersey Law", t. 123, p. 340; "Atlantic Reporter, Second Series", t. 9, p. 438.

²⁰ "North Western Reporter", t. 398, p. 24.

²¹ Wisconsin Statutes, 1939, § 182.10, y reformas introducidas por las leyes de 1941, cap. 352, § 1. Sobre esta enmienda, v. la Nota "Stockholder's Right to Inspect Books - Recent Statutory Amendments", en "Wisconsin Law Review", 1942, p. 252. La exigencia de "algún propósito justo" fue mantenido en la nueva Wisconsin Business Corporation Law de 1951, § 180.43(2) (v. *Katzenberg & Lucas*, "Trends in Modern Corporation Legislation", en "Michigan Law Review", t. 50, año 1952, págs. 1291-1332, esp. págs. 1318-1319; *George Young*, "Some Comments on the New Wisconsin Business Corporation Law", en "Wisconsin Law Review", 1952, págs. 4-62), y también subsiste luego de las reformas incorporadas por las Leyes de 1953, cap. 399, § 33.

²² Acerca de las disposiciones de la Illinois Business Corporation Act de 1933, relativas a la inspección de libros y documentos, v. las notas publicadas en la "University of Chicago Law Review", t. 1, p. 363 y la "Illinois Law Review", t. 28, p. 927.

2. — PANORAMA ACTUAL.

En la actualidad, conforme a la orientación jurisprudencial prevaliente y según las leyes más modernas, el derecho de inspección no es un derecho absoluto o irrestricto, sino que tiene un carácter relativo o —lo que es igual— está condicionado al cumplimiento de los tradicionales requisitos.

De tal manera, el juez queda facultado para ponderar libremente las circunstancias en juego y determinar si, en la especie, el propósito perseguido por el accionista puede estimarse justo o apropiado y si se cumplen las exigencias de razonabilidad en cuanto al tiempo y al lugar en que vaya a ejercerse el derecho de inspección.

Vamos a examinar someramente el significado y las aplicaciones de estos recaudos.

a) *Propósito justo (proper purpose)*.

El mayor éxito del sistema norteamericano radica, sin lugar a dudas, en haber establecido como condición prácticamente indispensable, que el accionista sólo puede poner en juego su derecho para el logro de algún "propósito justo". De este modo se excluye definitivamente toda pretensión temeraria y de mala fe.

Desde luego, no es fácil precisar exactamente qué se entiende por *proper purpose*. Hemos traducido esta expresión, invariablemente empleada en leyes y sentencias, por *propósito justo*, lo cual resulta suficiente para obtener una imagen bastante clara del concepto implicado. En realidad, significa que el accionista debe obrar impulsado por un propósito, fin, motivo o interés que pueda estimarse, en el caso particular, como justo, apropiado, razonable o legítimo.

La jurisprudencia estadounidense, a través de muchísimos fallos²⁵, ha elaborado ciertos cánones ilustrativos que conviene reseñar.

²⁵ V. las notables resúmenes publicados en "American Law Reports Annotated", t. 22 (año 1923), págs. 24 y ss., esp. p. 41 en adelante; t. 43 (año 1924), p. 703, 704; t. 53 (año 1929), p. 1373, 1375; t. 80 (año 1932), p. 1502, 1511; y, en particular, las más recientes Notas: "Shareholder's of officer's right to inspect books and records of corporation", en "American Law Reports Annotated", t. 174 (año 1946), p. 232, 238, y "Purposes for which stockholder or officer may exercise right to examine corporate books and records", en "American Law Reports Annotated, Second Series", t. 15 (año 1951), p. 1. Véase, "American Jurisprudence", edición permanente, San Francisco, California, 1938 (y suplemento año 1951), t. 13 (Corporations), §§ 411 a 443, p. 428 y ss., y p. 54-56 del supl.; WILLIAM M. FLETCHER, "Encyclopedia of the Law of Corporations", edición permanente, Chicago, 1931 (y suplemento 1940), t. 3, §§ 2222 a 2236, p. 600-616.

En general, se considera que el accionista obra impulsado por un propósito justo en las siguientes hipótesis:

—Cuando procura averiguar si la dirección de la compañía procede adecuada y correctamente²⁴;

—Cuando, por alguna circunstancia especial, desea conocer la condición económica de la sociedad: Por ejemplo, para poder votar conscientemente (*intelligently*) acerca de un proyecto de reducción del capital²⁵; o para saber si existen fondos suficientes para la declaración de dividendos, especialmente si el peticionante sostiene que las cuantiosas ganancias se dilapidan en el pago de exageradas remuneraciones a los directores y altos empleados y en la adquisición y decorado de suntuosos edificios²⁶;

—Cuando busca informaciones que proyecta emplear ulteriormente en una demanda contra la compañía o sus directores²⁷; DODD y BAKER enseñan, con todo acierto, que en caso contrario resultaría de poco valor (*little value*) para el accionista la posibilidad de entablar aquellas acciones judiciales²⁸;

—Cuando quiere consultar el libro de accionistas, donde figuran nombres y domicilios, con el fin de ponerse en comunicación con otros socios: El accionista puede tener un legítimo interés en establecer contactos epistolares o personales para cambiar ideas acerca de la actual conducción de la empresa y para sugerir a sus conocidos una política conjunta tendiente a ganar, por medios licitos, el "control" de la compañía²⁹; para coordinar la actitud que podría adoptarse ante la próxima elección de directores³⁰; para proponerse a sí mismo como candidato a director y pedir, simultáneamente, el apoyo a un plan de recapitalización proyectado³¹; para tratar de conseguir el mayor respaldo posible en un pedido

²⁴ *Guthrie v. Harkness*, "United States Supreme Court Reporter", t. 129, p. 148, "Supreme Court Reporter", t. 28, p. 4, "Lawyer's Edition, United States Supreme Court Reports", t. 50, p. 130, *Bailey v. Eastwood Produce Co.*, "Pennsylvania State Reports", t. 314, p. 45, "Atlantic Reporter", t. 170, p. 127. *In re Hastings*, "Appellate Division Reports, New York Supreme Court", t. 128, p. 316, "New York Supplement", t. 112, p. 820.

²⁵ *State ex rel. Martin v. Beaverville Oil Works Co.*, "Louisiana Annual Reports", t. 28, p. 204.

²⁶ *Soroco Hotel Co. v. State ex rel. Otis Elevator Co.*, —Florida—, "Southern Reporter", t. 144, p. 339.

²⁷ *State ex rel. Antzman v. Ice*, —Virginia del Oeste—, "South Eastern Reporter", t. 84, p. 181, *Fochester v. Indiana County Gas Co.*, "Pennsylvania State Reports", t. 246, p. 571.

²⁸ *E. MERRICK DODD (Jr.) y RALPH BAKER*, "Cases and Materials on Business Associations", vol. 1 (Corporations), Chicago, 1940, p. 628.

²⁹ *State ex rel. G. M. Gustafson Co. v. Crookston Trust Co.*, —Minnesota—, "North Western Reports, Second Series", t. 72, p. 211.

³⁰ *Lein v. Scranton Life Ins. Co.*, "Pennsylvania Superior Court Reports", t. 139, p. 369, "Atlantic Reporter, Second Series", t. 11, p. 772.

³¹ *Burdy v. Robbins & Myers, Inc.*, "North Eastern Reporter, Second Series", t. 75, p. 717 (Ohio App. 1947).

de declaración de dividendos²²; o para pedir a los accionistas que le envíen "cartas-poderes" (*proxies*) para votar como representante de ellos y en contra del directorio actual²³;

—Cuando trata de establecer el valor real de sus títulos-acciones²⁴.

En cambio, se ha considerado que no media un propósito justo y —en consecuencia— no procede el derecho de inspección, en estos casos:

—Si el accionista proyecta inspeccionar los libros solamente por el acaso "pesca" en ellos algo comprometedor o para satisfacer su vana curiosidad (*for a fishing expedition or to satisfy idle curiosity*)²⁵;

—Si el accionista únicamente procura molestar, incomodar u hostigar a la sociedad o a sus dirigentes: Por ejemplo, si el exclusivo propósito es dar la más amplia publicidad a las informaciones que puedan obtenerse, siendo evidente que con ello se trastornará la conducción de los negocios sociales y se ocasionarán perjuicios a todos los demás accionistas (*will embarrass the company in the conduct of its business and thereby cause a loss to all other stockholders*)²⁶; o si el principal objetivo es desacreditar políticamente al presidente de la compañía, aun a expensas del prestigio de la misma²⁷;

—Si el accionista busca informaciones para suministrarlas a una empresa rival²⁸. Sin embargo, a veces se ha sostenido que la mera circunstancia de que el accionista esté vinculado a una orga-

²² *Laker Spring & Tire Co. v. Superior Co.*, "California Appellate Reports, Second Series", t. 52, p. 467, "Pacific Reporter, Second Series", t. 126, p. 394.

²³ *Hesser v. York Water Co.*, "Pennsylvania State Reports", t. 278, p. 387, "Atlantic Reporter", t. 123, p. 330.

²⁴ *State ex rel. Cochran v. Penn-Beaver Oil Co.*, —Delaware—, "Atlantic Reporter", t. 143, p. 327 (voto de C. J. PATERSON: La inspección sólo procede respecto de los libros, papeles y documentos materiales y suficientes —*material and sufficient*— para obtener la información mediante la cual puede determinarse el valor real de las acciones), *Lumke v. Royal Baking Powder Co.*, "New York Miscellaneous", t. 34, p. 320, "New York Supplement", t. 104, p. 361. *Grtridge v. State Capital Co.*, "California Appellate Reports", t. 129, p. 86, "Pacific Reporter, Second Series", t. 14, p. 373.

²⁵ *News Journal Corp. v. State ex rel. Gore.* —Florida—, "Southern Reporter" t. 187, p. 271.

²⁶ *American Mortgage Co. v. Rosenbaum*, "Ohio State Reports", t. 114, p. 231, "North Eastern Reporter", t. 151, p. 122, "American Law Reports Annotated", t. 39, p. 425.

²⁷ *McMahon v. Dispatch Printing Co.*, "New Jersey Law", t. 101, p. 470, "Atlantic Reporter", t. 129, p. 425.

²⁸ *State v. German Mut. Life Ins. Co.*, "Missouri Appeal Reports", t. 169, p. 324, "South Western Reporter", t. 182, p. 618. *In re Kennedy*, "Appellate Division Reports, New York Supreme Court", t. 75, p. 168, "New York Supplement", t. 77, p. 714.

nización competidora o tenga intereses en ella, no sería de por sí suficiente para privarle del derecho de inspección. LATTIN y JENNINGS³⁹ señalan que, en estos casos, los jueces se enfrentan con el problema de conjugar satisfactoriamente el interés del accionista en valerse cabalmente de sus derechos y la conveniencia de que la compañía pueda salvaguardar los secretos comerciales. Este dilema, advierten, ha sido resuelto por la jurisprudencia en tres sentidos distintos: 1) impidiendo que sean examinados los libros donde figuran datos secretos; 2) nombrando a una persona neutral para que realice la inspección, y 3) admitiendo que la sociedad pueda proponer las medidas que mejor tutelen sus propios intereses.

b) Oportunidad razonable (*reasonable time*).

El derecho de inspección sólo puede ser ejercido en una oportunidad, época o tiempo "razonable". Esto significa que el examen podrá verificarse, normalmente, durante las horas de oficina⁴⁰ y, en general, en todo momento u ocasión en que no provoque inútiles perturbaciones o interferencias innecesarias en los negocios de la empresa⁴¹.

c) Lugar razonable (*reasonable place*).

Lo más frecuente es que la compañía lleve y mantenga sus libros en la sede social, ubicada en el Estado donde la misma se ha fundado y organizado. Ese es, en principio, el lugar donde debe practicarse toda inspección⁴².

El acentuado federalismo de la legislación norteamericana origina complejas situaciones en casos en que la empresa lleva los libros pertinentes en un Estado distinto al de su constitución, o si algún accionista intenta ejercer sus derechos en otro Estado. Nos limitamos a señalar el problema, cuyo estudio no reviste mayor interés para nosotros⁴³. Apuntamos, de paso, solamente una

³⁹ NORTON D. LATTIN y RICHARD W. JENNINGS, "Cases and Materials on Corporations", Chicago, 3ª ed., 1933, p. 348.

⁴⁰ *Classen v. Clayton*, —Utah—, "Pacific Reporter", t. 83, p. 739.

⁴¹ *Kuback v. Irving Cut Glass Co.*, "Pennsylvania State Reports", t. 209, p. 423, "Atlantic Reporter", t. 83, p. 361, "Lawyers Reports Annotated, New Series", t. 23, p. 183.

⁴² *G. W. Jones Lumber Co. v. Wharkana Lumber Co.*, —Arkansas—, "South Western Reporter", t. 87, p. 1088.

⁴³ V. NOTAS "Foreign Corporation May Be Compelled to Produce Its Records", en "Virginia Law Review", t. 13, p. 103; "Right of Stockholders in a Foreign Corporation to Inspect Books" (Illinois), en "Illinois Law Review", t. 31 (año 1937), p. 677 y "Shareholders' Right to Inspect Books of Foreign Corporations" (California), en "California Law Journal", t. 39 (año 1931), p. 333.

cosa: los jueces no permiten que la sociedad eluda sus obligaciones ocultando o manteniendo sus libros en un Estado diferente, sino que suelen disponer que los mismos sean traídos al Estado donde aquélla se ha constituido y donde funciona la sede social, siempre que esta medida no ocasione excesivas dificultades o gravámenes irreparables⁴⁴.

VI. — LIBROS Y DOCUMENTOS SUSCEPTIBLES DE INSPECCION

El *common law* autorizaba, en los términos más amplios, la inspección de todos los libros, papeles y documentos de la empresa.

Algunas leyes modernas parecieran haber intentado circunscribir las posibilidades del accionista al examen de ciertos libros expresamente señalados. Las leyes de California, por ejemplo, sólo se refieren al libro de accionistas, los libros de cuentas y los libros de actas de las asambleas de socios, de las reuniones del directorio y de las sesiones de los comités ejecutivos⁴⁵.

LATTIN⁴⁶ critica esa tendencia restrictiva que se manifiesta en las leyes de varios Estados. La jurisprudencia, por su parte, se inclina a considerar que tales enumeraciones no tienen nada de taxativas, y admite que los accionistas conservan el derecho que les confiere el *common law* para examinar cualesquiera libros no mencionados expresamente en las leyes de compañías⁴⁷.

VII. — EJERCICIO DEL DERECHO: PERSONALMENTE O POR REPRESENTANTE

El accionista puede ejercer el derecho de inspección personalmente o por intermedio de su representante. Puede recabar la intervención de abogados o economistas si lo estima necesario⁴⁸. Desde luego, el nombramiento de tales representantes o auxiliares no podrá recaer en personas vinculadas a empresas rivales.

Alguna vez se cuestionó la posibilidad de verificar el examen de los libros por intermedio de representantes; pero actualmente

⁴⁴ *Ross v. Robinson*, —Carolina del Norte—, "South Eastern Reporter", t. 118, p. 4.

⁴⁵ California Corporation Code, § 3001.

⁴⁶ LATTIN, *op. cit.* (supra, nota 17), p. 289.

⁴⁷ V. LATTIN y JENNINGS, *op. cit.* (supra, nota 39), p. 545-546 y n. 7.

⁴⁸ *Kemp v. West-Sheffield Steel & Iron Co.*, "New Jersey Law", t. 118, p. 332, "Atlantic Reporter, Second Series" t. 24, p. 70. *Cross v. Rogers Park Apartments, Inc.*, "Illinois Appellate Court Reports", t. 243, p. 212, "North Eastern Reporter, Second Series", t. 95, p. 404.

el problema ha sido resuelto en el sentido indicado por una abundante jurisprudencia. Por otra parte, las leyes más prestigiosas lo aceptan expresamente ⁴⁰.

VIII. — SANCIONES

En muchos Estados, con el objeto de evitar que este derecho de los accionistas se convierta en una posibilidad abstracta e ilusoria, se imponen severas sanciones a la compañía y a sus directores, agentes y funcionarios que obstaculicen o impidan indebidamente su ejercicio.

Autores como BALLANTINE ⁴¹ y LATTIN ⁴² sostienen que toda reparación civil resulta, en el fondo, inadecuada, especialmente ante la dificultad de fijar con precisión el monto total y exacto de los daños y perjuicios que sufre el accionista a quien se priva de su legítimo derecho.

Sin embargo, en algunos Estados se han establecido bases para determinar el monto mínimo de la indemnización correspondiente, al cual podrá añadirse, desde luego, la reparación de cualesquiera otros detrimentos ocasionados. Las leyes de Alaska ⁴³ e Illinois ⁴⁴ disponen que la indemnización deberá ascender, por lo menos, al 10 % del valor de las acciones poseídas por el socio dañado. En otros Estados se estatuye que el accionista tiene derecho a una indemnización mínima por cada negativa (p. ej., en Nueva York: 50 dólares por cada *neglect or refusal*) ⁴⁵ o por cada día en que la sociedad mantenga su actitud (p. ej., California: 10 dólares diarios) ⁴⁶.

⁴⁰ Illinois Business Corporation Act, § 45; California Corporation Code, § 3003. También se resuelve expresamente el punto en la American Bar Association Model Business Corporation Act (rev. 1957), § 46.

⁴¹ BALLANTINE, *op. cit.* (supra, nota 3), p. 387.

⁴² LATTIN, *op. cit.* (supra, nota 17), p. 294.

⁴³ Alaska Business Corporation Act de 1957, § 46.

⁴⁴ Illinois Business Corporation Act de 1933 (reformada por las Leyes de 1947), § 45.

⁴⁵ New York Stock Corporation Law, § 10. La Ley Penal de Nueva York, además, establece que comete *misdeemeanor* el funcionario, agente, director o empleado de la compañía que se niega a exhibir los libros a alguna persona legalmente facultada para examinarlos (V. las Leyes de 1903, cap. 68, Art. 64, § 655, sub 4). Comp. HOWARD H. SPILLMAN, "A Treatise on the Principles of Law Governing Corporate Directors", Nueva York, 1931, núm. 358, p. 661-662, quien cita (n. 32) disposiciones similares dictadas en Idaho, Indiana, Montana, Dakota del Norte y Utah.

⁴⁶ California Corporation Code, § 3015.

IX. — CONCLUSION

Pueden resumirse, en pocas palabras, los principios expuestos. El derecho de inspección sólo corresponde, según las más recientes leyes de compañías, a los accionistas que reúnan cierto porcentaje de acciones o que hayan adquirido determinada antigüedad en la empresa. Únicamente se acuerda si el socio persigue algún propósito justo. Debe ser ejercido en razonables circunstancias de tiempo y lugar. El titular del derecho puede practicar la inspección personalmente o valiéndose de representantes y auxiliares. En general, comprende el examen de todos los libros y documentos de la sociedad; pero se insinúa una tendencia a limitarlo a los que resulten "esenciales y suficientes"¹⁴. Por último, severas sanciones garantizan su efectividad.

Más adelante haremos el estudio de los problemas que plantea el derecho de inspección ante nuestro Código de Comercio.

Por ahora, estimamos que reviste cierta utilidad el contribuir a la divulgación de las modernas orientaciones doctrinales, legislativas y jurisprudenciales del país donde funcionan las compañías más grandes y poderosas del mundo.

¹⁴ V. el voto de PARSONS, en *State ex rel. Cochran v. Penn-Shaver Oil Co.*, —Delaware—, "Atlantic Reporter", t. 143, p. 257, transcripto parcialmente supra en nota 34.

TEXTOS

11

NORMAS DE ETICA PROFESIONAL Y NORMAS DE
ETICA JUDICIAL SANCIONADAS POR LA
AMERICAN BAR ASSOCIATION *

I — NORMAS DE ETICA PROFESIONAL

Las normas de ética profesional de la abogacía aprobadas por la *American Bar Association* y que, adecuadamente traducidas, se publican en este volumen, ponen de manifiesto la similitud de los problemas que enfrentan los Colegios y Asociaciones de Abogados, preocupados por el mejoramiento de las prácticas forenses.

El Derecho en Occidente ha llegado a ser, en gran medida, un Derecho profesional, el Derecho perfilado por los juristas a través de su gravitación intelectual, por los jueces con sus decisiones, y por los abogados mediante sus alegaciones, defensas y recursos.

La consideración concreta del Derecho, el análisis de la experiencia judicial, la adopción de un punto de vista pragmático y empírico del ordenamiento jurídico, como la sugerida hace pocas semanas en nuestra Facultad por el gran jurista dinamarqués Alf Ross, traen a primer plano la figura del abogado. La índole de su misión, la naturaleza de sus deberes hacia su cliente, el comportamiento debido con referencia a la contraparte y al Juez, alcanzan así una importancia inusitada. Propositiones genéricas, como aquella de que el abogado es un auxiliar de la justicia, no son suficientes de por sí para solucionar las graves dificultades que suscitan la defensa de un interés particular ante los Tribunales, y la amplitud del camino abierto a la discreción de los abogados y de los jueces, ante la equivocación inherente en las normas generales del ordenamiento y la gravitación de los factores subjetivos en la reproducción testimonial de los hechos y en la apreciación de su mérito.

* Las Normas de Etica Judicial se publicarán en *LECCIONES Y ENSAYOS*
Nº 18.

Las normas de ética profesional son patrones de conducta sancionados por las asociaciones de abogados para guiar a sus miembros en la adopción del comportamiento debido frente al público, clientes y funcionarios. Con ellas se procura asegurar la vigencia de un alto grado de decencia, rectitud y honestidad, y el reconocimiento público hacia la función forense. No obstante las peculiaridades que puedan encontrar su fundamento en las circunstancias únicas defensorias de un determinado grupo social, puede localizarse un cuerpo común de concepciones, criterios y juicios entre los núcleos profesionales de países que reconocen una común filiación histórico-ideológica. Ello queda bien ilustrado en el presente caso. Varias de las normas de ética norteamericanas encuentran su razón de ser en las típicas características del ejercicio profesional ante jurados legos y son, por lo tanto, ajenas a nuestras prácticas. La mayor parte, en cambio, se hacen cargo de problemas que son comunes. Común la dificultad, y común la solución. Las concordancias son mayores de lo que se podría pensar en un primer momento, máxime si nos sentimos inclinados a pensar que media gran diferencia entre el *Common Law* y el Derecho Civil de tradición continental romanista. La verdad es que más allá de las diferencias técnicas, o terminológicas, o de razonamiento, existe un amplio terreno de coincidencias, perceptible en la solución concreta que ambos sistemas dan a los conflictos de intereses humanos. La similitud de las respuestas suministradas por las asociaciones profesionales a los interrogantes y aún a las paradojas de la vida forense, no es sino una versión específica más de la sustancial coincidencia perceptible en Occidente acerca de los valores que deben guiar el comportamiento social.

Todo lo que contribuya al esclarecimiento y elucidación de esa identidad es útil y digno de auspicio. Para lograr orden, paz y justicia en las relaciones humanas, debemos localizar lo que nos une y procurar soluciones sintéticas para lo que nos separa. Esto último es siempre posible cuando existe coincidencia en cuanto a la concepción básica del rol del hombre en sociedad, del sentido último de su acción, y de los deberes que tiene para consigo y para con los demás.

La publicación de las normas de ética profesional de la American Bar Association es una valiosa contribución a los esfuerzos ya en marcha para lograr una más adecuada comprensión de los fenómenos sociales y jurídicos del mundo anglosajón.

JULIO C. CUERO RÍJA

Prólogo *

En América, donde la estabilidad de los Tribunales y de todos los departamentos del gobierno reside en el consentimiento del pueblo, es particularmente esencial que el sistema para el establecimiento y la dispensa de Justicia sea desarrollado hasta un alto punto de eficiencia y así mantenido, para que el público tenga absoluta confianza en la integridad e imparcialidad de su administración. El futuro de la República depende, en gran medida, del mantenimiento de una Justicia para e inmaculada. Ella no puede así conservarse a menos que la conducta y los móviles de los miembros de nuestra profesión sean tales que merezcan la aprobación de todos los hombres justos.

Ningún código ni conjunto de normas puede particularizar todos los deberes del abogado en las variadas fases del litigio o en todas las relaciones de la vida profesional. Las siguientes reglas de ética son adoptadas por la *American Bar Association* como una guía general; empero, la enumeración de deberes en particular no debe ser interpretada como negación de la existencia de otros igualmente imperativos, aunque no mencionados específicamente.

1. El deber del abogado hacia los Tribunales.

Es deber del abogado observar hacia los Jueces una actitud respetuosa, no por causa de su posesión temporaria del cargo judicial, sino para el mantenimiento de su importancia suprema. Los Jueces, no siendo enteramente libres para defenderse por sí mismos, están especialmente autorizados para recibir el apoyo del Foro contra las críticas y quejas injustas. Toda vez que hay un fundamento idóneo para un serio motivo de queja contra un funcionario judicial, es el derecho y el deber del abogado someter

* Las Normas de Ética Profesional fueron adoptadas por la *American Bar Association* en 1928, siendo completadas y modificadas en diversas oportunidades, desde 1925 hasta 1939. El texto completo y actualizado es el que aquí se publica. (Nota del traductor).

sus agravios a las correspondientes autoridades. En dichos casos, pero no de otro modo, tales cargos deben estimularse y la persona que los hace debe ser protegida.

2. La selección de Jueces.

Es el deber del Foro tratar de impedir que las motivaciones políticas preponderen sobre la aptitud judicial en la selección de los Jueces. Debe protestar activa y energicamente contra la designación o elección de los que no son idóneos para el sitio; y debe esforzarse en elevar a él solamente a los dispuestos a abandonar otras ocupaciones, sean comerciales, políticas o de otro carácter, que puedan embarazar su libre y recta consideración de las cuestiones sometidas a su decisión. La aspiración de los abogados a la función judicial debe ser gobernada por una apreciación imparcial de su capacidad para añadir honor a la función y no por el deseo a la distinción que la posición puede traerles a ellos mismos.

3. Intentos de ejercer influencia personal sobre el Tribunal.

La excesiva amabilidad y la desusada hospitalidad del abogado hacia el Juez, no debiéndose a vínculos personales entre ellos, expone a ambos, al Juez y al abogado, a malas interpretaciones, las que deben ser evitadas. Un abogado no debe comunicarse o discutir privadamente con el Juez acerca de los méritos de una causa pendiente, y merece ser amonestado y procesado por cualquier ardid o intento empleados para ganar de un Juez una consideración especial o favor. Una auto-respetuosa independencia en el desempeño del deber profesional, sin negar o disminuir la cortesía y respeto debidos a la condición del Juez, es la única base adecuada para las cordiales relaciones, personales y oficiales, entre el Tribunal y el Foro.

4. Cuando es defensor de un procesado indigente.

Un abogado asignado como defensor para un procesado indigente no debe pedir ser excusado por cualquier razón trivial, y debe siempre empeñar sus mejores esfuerzos en su defensa.

5. La defensa o acusación de los procesados por un delito.

Es derecho del abogado emprender la defensa de una persona acusada de un delito, indiferentemente de su opinión personal acerca de la culpabilidad del acusado; de lo contrario personas inocentes, víctimas sólo de circunstancias sospechosas, pueden carecer de defensa conveniente. Habiendo emprendido tal defensa, el abogado está obligado, por todos los medios rectos y honorables,

a presentar toda defensa que la ley permita, con el fin de que ninguna persona pueda ser privada de su vida o libertad sino por el debido proceso de ley.

El deber fundamental del abogado encargado de una acusación pública no es probar la culpabilidad, sino indagar que se haga justicia. La supresión de hechos o el ocultamiento de testigos capaces de establecer la inocencia del acusado, es altamente reprobable.

6. *Influencias opuestas o intereses en conflicto.*

Es deber del abogado, en el momento de recibir el anticipo de honorarios, revelar al cliente todas las circunstancias de sus relaciones con las partes, y cualquier interés o conexión con el pleito, que pudiera gravitar sobre el cliente en la elección del letrado.

Es contrario a las reglas de la profesión representar intereses en conflicto, excepto por consentimiento expreso dado por todos los interesados después de una completa aclaración de los hechos. Dentro del significado de esta regla, un abogado representa intereses en conflicto cuando, en defensa de un cliente, debe bregar por una persona, en tanto que su obligación hacia el otro cliente le exigiría oponerse.

La obligación de representar al cliente con entera fidelidad y no divulgar sus secretos o confidencias prohíbe también la subsiguiente aceptación de anticipos de honorarios o de empleo de otros, en asuntos que afecten contrariamente cualquier interés del cliente con respecto al cual ha sido depositario de confianza.

7. *Colegas de la profesión y conflictos de opinión.*

La propuesta del cliente, de hacerse asistir por otro abogado adicional, no debe ser considerada como demostración de falta de confianza, sino como una cuestión que debe ser dejada al arbitrio del cliente. Un abogado debe rehusar asociarse como colega si ello es objetado por el patrocinante original, pero si el abogado contratado en primer término es relevado, otro puede tomar el caso.

Cuando los abogados asociados conjuntamente en una causa no pueden ponerse de acuerdo sobre alguna cuestión vital para el interés del cliente, el conflicto de opinión debe serle expuesto francamente a éste, para su resolución final. Su decisión debe ser aceptada, a menos que la naturaleza de la disparidad torne impracticable su cooperación para el abogado cuyo juicio ha sido desechado. En este caso, es su deber pedirle al cliente que lo releve.

Los esfuerzos, directos o indirectos, para usurpar en cualquier forma el trabajo profesional de otro abogado, son indignos de

aquellos que deben ser hermanos en el Foro; pero, no obstante, es derecho de cualquier abogado, sin compromiso alguno, el dar adecuado consejo a los que se hallan buscando ayuda contra un letrado negligente o infiel, generalmente luego de comunicarse con el abogado objeto de la queja.

8. Consejo sobre los méritos de la causa de un cliente.

El abogado debe tratar de adquirir pleno conocimiento de la causa de su cliente antes de aconsejarlo sobre la misma, y está obligado a dar una opinión sincera sobre los méritos y el probable resultado del litigio ya pendiente o proyectado. Los extravíos a los cuales la justicia está sujeta, por sorpresas y contratiempos en la prueba y los testigos, y a través de equivocaciones de los jurados y errores de los Tribunales, aún cuando sólo ocasionales, sirven para advertir a los abogados en precaverse de dar imprudentes y confiadas seguridades a los clientes, especialmente en los casos en que la contratación del abogado puede depender de tales seguridades. Toda vez que la controversia admita un arreglo honorable, debe aconsejarse al cliente evitar o concluir el litigio.

9. Negociaciones con la parte contraria.

Un abogado no debe, por ningún medio, comunicarse directamente con una parte acerca del objeto de la controversia si ésta se encuentra representada por otro letrado; mucho menos debe tomar a su cargo negociar o transigir el asunto con ella, sino que debe tratar exclusivamente con su abogado. Incumbe muy particularmente al abogado evitar todo lo que pueda propender a engañar a la parte que no se halla representada por un letrado, y no debe aventurarse a aconsejarla respecto del derecho aplicable.

10. Adquisición de interés en el litigio.

El abogado no debe adquirir ningún interés en el asunto objeto del litigio que él se halla conduciendo.

11. Modo de proceder con los bienes que le son confiados.

El abogado debe abstenerse de cualquier acción por la cual, para su ventaja o beneficio personal, abuse o se aproveche de la confianza depositada en él por su cliente.

El abogado debe rápidamente manifestar e inventariar el dinero del cliente o cobrado para el cliente, u otros bienes de los cuales entra en posesión, no debiendo bajo ninguna circunstancia mezclarlos con los suyos propios o usarlos.

12. Fijación del monto de los honorarios.

En la fijación del monto de los honorarios, los abogados deben evitar las sumas que sobrestimen sus consejos y servicios, al igual que aquellas que los subestimen. La capacidad de un cliente para pagar no puede justificar un costo que exceda el valor del servicio, aunque su pobreza puede exigir un precio menor o absolutamente ninguno. Los pedidos razonables de colegas, y de sus viudas y huérfanos sin amplios recursos, deben recibir una especial y favorable consideración.

En la determinación del monto de los honorarios es conveniente considerar: 1) el tiempo y el trabajo requeridos, la novedad y dificultad de las cuestiones implicadas y la habilidad necesaria para conducir correctamente la causa; 2) si la aceptación del trabajo en el caso particular obstaculizará la actuación del abogado en otros casos similares, excluyéndolo del asunto, en el cual es razonable esperar que de lo contrario sería contratado, o si implicará la pérdida de otro trabajo mientras se desempeña en el caso en consideración, o la oposición con otros clientes; 3) los estipendios acostumbrados en el Foro para servicios similares; 4) el monto de la controversia y los beneficios resultantes al cliente por los servicios; 5) la eventualidad o certeza de la retribución; y 6) el carácter del trabajo, si es casual o para un cliente constante y estable. Ninguna de estas consideraciones en sí misma es predominante. Son meras guías para fijar el valor real del servicio.

En la determinación de los precios de costumbre en el Foro por servicios similares, es conveniente para el abogado examinar una tabla de tarifas mínimas adoptada por el Colegio de Abogados, pero ningún abogado debe permitirse ser restringido con ella, o seguirla como su única guía en el cálculo del monto de sus honorarios.

En la fijación de honorarios nunca debe olvidarse que la profesión es una rama de la administración de justicia y no un mero negocio lucrativo.

13. Pacto de cuota-litís.

El pacto de cuota-litís, donde es permitido por la ley, debe ser razonable de acuerdo a todas las circunstancias del caso, inclusive el riesgo e incertidumbre del resarcimiento pero siempre debe estar sujeto a la supervisión de un tribunal, así como a su moderación por éste.

14. Litigio con el cliente por los honorarios.

Las controversias con los clientes concernientes a la retribución deben ser evitadas por el abogado tanto como ello sea com-

patible con su propio respeto y con su derecho a recibir una recompensa razonable por sus servicios; y sólo debe recurrirse a las demandas contra los clientes para evitar una injusticia, imposición o fraude.

15. *Hasta dónde puede ir un abogado sosteniendo la causa de su cliente.*

Nada obra más ciertamente para crear o alentar prejuicios populares contra los abogados como clase, y a privar a la profesión de la amplia medida de confianza y estimación pública que corresponde al correcto desempeño de sus deberes, que la falsa pretensión —a menudo erigida por los inescrupulosos en defensa de negociaciones dudosas— de que es deber del abogado hacer cualquier cosa que le facilite el triunfo, es decir, ganar la causa de su cliente.

Es impropio para un abogado afirmar en la controversia su creencia personal en la inocencia de su cliente o en la justicia de su causa.

El abogado debe "entera devoción al interés de su cliente, cálido ahínco en el mantenimiento y defensa de sus derechos y el esfuerzo de todo su saber y habilidad", con el fin de que no se le prive o se le niegue, salvo por las disposiciones de la ley, de nada de lo que ha legalmente solicitado. Ni el temor del desfavor judicial o de la impopularidad pública deben restringirle en el total desempeño de su deber. En el ámbito judicial al cliente le está conferido el beneficio de cualquier y todo recurso y defensa autorizados por la ley del país, y puede exigir que su abogado sostenga todas dichas recursos o defensas. Pero hay que tener firmemente presente que el gran cometido del abogado es desempeñarse dentro y no fuera de los límites de la ley. La profesión de abogado no permite, mucho menos si ello le es requerido por algún cliente, violar la ley o emplear forma alguna de fraude o chicanería. El debe obedecer su propia conciencia y no la de su cliente.

16. *Refrenamiento de los clientes en cometer impropiedades.*

El abogado debe emplear sus mejores esfuerzos en contener e impedir que sus clientes hagan aquellas cosas que el abogado mismo no debe hacer, con especial referencia a su conducta hacia los Tribunales, funcionarios judiciales, jurados, testigos y litigantes. Si el cliente persiste en tal actitud, el abogado debe poner fin a su relación con él.

17. *Enemistades y cuestiones personales entre abogados.*

Los clientes, no los abogados, son los litigantes. Cualesquiera sea la enemistad existente entre los clientes, no debe permitirse

que ella influya al abogado en su conducta y modo de comportarse hacia el otro o, en el caso, hacia los litigantes. Todas las cuestiones personales entre abogados deben ser escrupulosamente evitadas. En la audiencia de una causa es indecente aludir a la historia personal o a las peculiaridades personales e idiosincrasia del abogado de la otra parte. Los diálogos personales entre abogados, que causan retrasos y promueven disputas indecorosas, deben también cuidadosamente evitarse.

18. Modo de tratar a los testigos y litigantes.

El abogado siempre debe tratar a los testigos y litigantes contrarios con honrades y la debida consideración, y nunca debe atender, en un proceso o en el manejo de una causa, a la malevolencia o los prejuicios del cliente. El cliente no puede constituirse en el guardián de la conciencia del abogado en materia profesional. El no tiene el derecho de exigir que su abogado abuse de la parte contraria o cometa en cuestiones personales ofensivas. Un alegato impropio no es excusable fundado en que es lo que el cliente diría si hablara en su propia defensa.

19. Presentación del abogado como testigo de su cliente.

Quando un abogado es testigo para su cliente, excepto en cuestiones meramente formales, tales como prueba o custodia de un instrumento y similares, él debe dejar la dirección del proceso a otro abogado. Excepto cuando es esencial para los fines de la justicia, el abogado debe evitar deponer en juicio en defensa de su cliente.

20. Publicidad periodística de litigios pendientes.

Las publicaciones hechas por un abogado en los periódicos, relativas a un litigio pendiente o previsible, pueden impedir el recto proceso en los Tribunales y, por otra parte, perjudicar la debida administración de justicia. Generalmente ellas no son justificables. Si las circunstancias extremas de un caso particular justifican una declaración pública, es contrario a las reglas de la profesión hacerla anónimamente. Una referencia a los hechos sin citación de la contraria no debe ir más allá de los datos tomados de los registros o expedientes que constan en el tribunal; pero aún en casos extremos es mejor evitar cualquier declaración antes de la citación judicial de la contraparte.

21. Puntualidad y diligencia.

Es obligación del abogado, no solamente hacia su cliente sino también hacia los Tribunales y hacia el público, ser puntual en la

asistencia, y ser conciso y directo en el proceso y la disposición de las causas.

22. *Integridad y rectitud.*

La conducta del abogado ante el Tribunal y con los otros abogados debe caracterizarse por su integridad y honradez. No es honesto para el abogado deformar a sabiendas el contenido de un escrito, el testimonio de un testigo, los dichos o el alegato del abogado contrario; o, en conocimiento de su invalidez, citar como precedente un fallo que ha sido revocado, o una ley que ha sido derogada; o en el alegato, sostener como un hecho lo que no ha sido probado, o en aquellas jurisdicciones donde una de las partes tiene el derecho de alegar al comienzo y al final, engañar a su oponente ocultando o negando asertos en el alegato de iniciación, con los cuales luego su parte se propone contar.

Es deshonesto y contrario a las reglas de la profesión, analizar los hechos de otra manera que con franqueza al tomar las declaraciones de los testigos, al obtener declaraciones juradas y otros documentos y en la alegación de las causas.

El abogado no debe ofrecer pruebas que él sabe que el Tribunal debe rechazar, con el objeto de exhibirlas al jurado mediante la alegación de su admisibilidad, ni debe dirigir al Juez alegatos relativos a alguna cuestión que no debe ser decidida por él. Tampoco debe introducir en un alegato, dirigido al Juez, comentarios o declaraciones destinados a influir al jurado o a los espectadores.

Estas y todas las prácticas afines son contrarias a las reglas de la profesión e indignas de un funcionario de la ley investido, como lo está el abogado, del deber de ayudar a la administración de justicia.

23. *Actitud hacia el jurado.*

Todo intento de ganar la voluntad de los jurados por adulación, lisonja o aparente afán por su comodidad personal es contrario a las reglas de la profesión. Las sugerencias del abogado, teniendo en mira la comodidad o la conveniencia de los jurados, y las proposiciones de renunciar al alegato deben ser hechas al Tribunal fuera de la presencia de los jurados. El abogado nunca debe conversar privadamente con los jurados acerca del caso; y tanto antes como durante el proceso debe evitar comunicarse con ellos, aún respecto de cuestiones ajenas a la causa.

24. *Derecho del abogado de controlar los incidentes del proceso.*

Debe dejarse al arbitrio del abogado tanto lo relativo a las cuestiones incidentales producidas durante el proceso que no

afectan los méritos de la causa, o que producen gravamen irreparable a los derechos del cliente, como el constreñir al letrado contrario a litigar cuando se encuentra en estado de aflicción o dolor; como el forzar la realización de la audiencia para un determinado día en perjuicio del abogado contrario cuando no resultará ningún daño en efectuarla en otro momento; como el acordar una ampliación del tiempo para firmar un escrito de excepciones, repreguntas y similares. En tales cuestiones ningún cliente tiene el derecho de exigir que su abogado sea mesquino, o que haga en ello cualquier cosa repugnante a su propio sentido del honor y la decencia.

25. *Adquisición de ventajas técnicas sobre el abogado contrario.*

El abogado no debe rechazar las costumbres o la práctica del Foro o de un Tribunal en particular, aún cuando la ley lo permita, sin avisar oportunamente al abogado contrario. Hasta donde sea posible, los acuerdos importantes, que afectan los derechos de los clientes, deben ser redactados por escrito; pero es deshonesto substraerse al cumplimiento de un acuerdo correctamente concertado, porque no se halla por escrito, tal como lo requieren las normas del Tribunal.

26. *Desempeño profesional fuera de los Tribunales.*

El abogado puede abiertamente, y en tal carácter, desempeñar servicios profesionales ante el legislativo y otros cuerpos, con relación a proyectos de legislación, y en defensa de reclamaciones ante la administración, bajo los mismos principios de ética que justifican su actuación ante los Tribunales; pero para un abogado así comisionado, es contrario a las reglas de la profesión ocultar su carácter de letrado, o emplear peticiones personales secretas, o utilizar, para influir en las acciones, otros medios que los dirigidos por la razón o el entendimiento.

27. *Publicidad, directa o indirecta.*

Es contrario a las reglas de la profesión solicitar empleo profesional por medio de circulares, avisos, a través de comisionistas o por conversaciones personales o entrevistas no justificadas por relaciones personales. La propaganda indirecta para obtener empleo profesional, tal como proveer o sugerir comentarios en los periódicos, o procurar la publicación de su fotografía en conexión con causas de las cuales el abogado ha estado o está encargado o concernientes a la manera de su conducción, la magnitud de los intereses implicados, la importancia de la posición del abogado y todo otro autoelogio similar, ofende las tradiciones y disminuye

el prestigio de nuestra profesión, y es censurable; pero no es impropio el uso acostumbrado de simples tarjetas profesionales.

Es permisible la publicación en boletines jurídicos dignos, en una forma compatible con los patrones de conducta impuestos por estas reglas, de breves datos biográficos e informativos. Tales datos no deben ser falsos y pueden incluir solamente una declaración del nombre del abogado y los nombres de sus socios en la profesión; direcciones; números telefónicos; direcciones cablegráficas; ramas de la profesión en que se especializa; fecha y lugar de nacimiento y de admisión en el Foro; escuelas a las que concurrió, con fechas de graduación, grados y otras distinciones académicas; funciones públicas o semi públicas; puestos de honor; derechos de autor; desempeño de la cátedra; calidad de miembro y cargos en colegios de abogados y sus comités, en sociedades científicas y jurídicas y en fraternidades; el hecho de figurar en otra lista profesional; los nombres y direcciones de las personas que pueden dar referencias de él; y, con el consentimiento escrito de ellos, los nombres de los clientes regularmente representados. Un certificado del cumplimiento de las Reglas y Patrones expedido por el Comité Permanente de Listas Profesionales puede emplearse como prueba de que tal Lista es digna.

No es incorrecto para el abogado que es admitido a ejercer en cuestiones de almirantazgo usar esa denominación en su membrete o chapa, o para el abogado que ha cumplido con los requisitos legales de admisión para ejercer ante la oficina de patentes, usar la denominación "abogado especialista en patentes" o "abogado especialista en marcas", o "abogado especializado en patentes y marcas" o alguna combinación de esos términos.

28. Promover el litigio, directamente o por medio de agentes.

Para un abogado es contrario a las reglas de la profesión ofrecerse voluntariamente para llevar un proceso, excepto en casos raros donde vínculos de sangre, parentesco o confianza le constituyan en el deber de hacerlo. Promover la disputa y el litigio no solamente es contrario a las reglas de la profesión, sino que es punible por la ley. Es perjudicial para la reputación buscar defectos en los títulos u otras causas para accionar, e informar de esto con el fin de ser empleado en llevar el caso o cobrar por el dictamen, o provocar litigios buscando a los que puedan tener derecho a indemnización por lesiones personales o aquellos que tienen cualquier otra base para accionar, con el objeto de asegurárselos como clientes, o emplear agentes o corredores para propósitos semejantes, o pagar o recompensar, directa o indirectamente a aquellos que traen o influyen para traer tales casos a su estudio, o remunerar a los policías, funcionarios de tribunales o

de cárceles, cirujanos, practicantes de hospital u otros que pueden tener éxito, se color de dar un consejo desinteresado y amistoso, en influir al criminal, al enfermo y al agraviado, al ignorante u otros, de buscar sus servicios profesionales. Sobre todo miembro del Foro que haya tomado conocimiento de tales prácticas por parte de cualquier profesional, recae el deber hacia el público y hacia la profesión de informar inmediatamente de ello, con el fin de que el transgresor sea excluido del Foro.

29. *Proteger el honor de la profesión.*

Los abogados deben manifestar ante los tribunales competentes, sin ningún compromiso, toda conducta profesional corrompida o deshonesta, y deben aceptar sin vacilación patrocinar contra el miembro del Foro que ha perjudicado a su cliente. El abogado a cargo de un proceso en el cual se ha dado falso testimonio está obligado, ante la profesión y ante el público, de llevar la cuestión a conocimiento de las autoridades de acusación. El abogado debe ayudar en proteger al Foro contra la admisión en la profesión de candidatos ineptos o descalificados por defectos en su carácter o educación. El debe procurar en todo momento proteger el honor y mantener la dignidad de la profesión y de perfeccionar no solamente el derecho sino también la administración de justicia.

30. *Litigios justificados e injustificados.*

El abogado debe rehusar el patrocinio de una causa civil o de una defensa cuando está convencido de que la misma está proyectada exclusivamente para incomodar o agraviar a la parte contraria u oprimir o perjudicar. Pero, por otra parte, tiene el derecho de hacerlo y, habiendo aceptado el anticipo de honorarios, tiene la obligación de alegar ante el Tribunal los méritos legales de la reclamación de su cliente. Su comparecencia ante el Tribunal debe juzgarse como equivalente a una afirmación de honor de que en su opinión el caso de su cliente es apropiado para una decisión judicial.

31. *Responsabilidad por litigar.*

Ningún abogado está obligado a actuar como consejero o letrado de toda persona que desee convertirse en su cliente. El tiene el derecho de rehusar el trabajo. Todo abogado debe decidir, bajo su propia responsabilidad, qué trabajos ha de aceptar como profesional, qué causas llevará ante el Tribunal como actor, qué casos contestará como demandado. Recae sobre el abogado la responsabilidad por aconsejar respecto de cuestiones dudosas, por acarrear

pléites dudosos, por presentar defensas dudosas. El no puede rehuir dicha responsabilidad sosteniendo como excusa que sólo sigue las instrucciones de su cliente.

32. El deber del abogado en última instancia.

Ningún cliente, ya sea individual o sociedad anónima, aunque sea poderoso, por causa alguna, civil o política, está autorizado a recibir, ni abogado alguno a suministrar, cualquier servicio o consejo que implique una deslealtad hacia la ley, cuyo instrumento somos, faltar el respeto debido a la función judicial, a la cual estamos obligados a proteger, o corromper a cualquier persona o personas que ejercen un cargo público o fideicomiso privado, o ejecutar fraude o traición al público. Cuando suministra cualquiera de tales servicios o consejos incorrectos, el abogado incita y merece una severa y justa condena. Correlativamente, él promueve el honor de la profesión y el mejor interés de su cliente cuando realiza un servicio o da un consejo tendiente a imprimir en el cliente y en su empresa el exacto cumplimiento de los más estrictos principios de la ley moral. El debe también advertir y aconsejar a su cliente la observación de la ley positiva, aunque hasta el momento en que la ley haya sido interpretada por juez competente, él es libre y está autorizado a opinar respecto de su validez y de lo que él conscientemente considera que es su justo significado y extensión. Pero sobre todo, el abogado encontrará su más alto honor en una merecida reputación por su fidelidad a la confianza privada y al deber público, como un hombre honesto y un ciudadano patriota y leal.

33. Sociedades - Razón social.

Las sociedades entre abogados para el ejercicio de su profesión son muy comunes y se justifican. En la formación de sociedades y el uso de la razón social hay que tener cuidado en no violar ninguna ley, costumbre o norma tribunales aplicable en la localidad. Cuando las sociedades se constituyen entre abogados de los cuales no a todos se les permite ejercer la profesión ante los tribunales del Estado, hay que tener cuidado en evitar cualquier nombre o representación que no corresponda, lo que crearía una falsa impresión sobre la posición profesional o privilegios del miembro no admitido ante la justicia local. En la formación de sociedades para el ejercicio de la abogacía, no debe admitirse o proponerse como profesional o miembro a ninguna persona que no se halle legalmente autorizada para ejercer como profesional y responder de la disciplina de la profesión.

En la elección y uso de la razón social, no debe utilizarse ningún nombre falso, inadecuado, usurpado o comercial. El uso

ininterrumpido del nombre de un socio anterior o fallecido, cuando lo permite la costumbre local, no es contrario a la ética pero hay que cuidar de que no se realice ninguna impostura o engaño a través de este uso. Cuando un miembro de la firma, al convertirse en juez, es excluido del ejercicio de la abogacía, su nombre no debe continuar en la razón social.

No deben constituirse ni permitirse sociedades entre abogados y miembros de otras profesiones, o personas no profesionales, donde parte del trabajo de los socios consiste en la práctica del derecho.

34. División de los honorarios.

No es correcta ninguna división de honorarios por tareas de letrado, excepto con otro abogado, basada en una división del trabajo o la responsabilidad.

35. Intermediarios.

La labor profesional de un abogado no debe ser dirigida o explotada por ninguna agencia lega, ya sea individual o sociedad anónima, que intervenga entre el cliente y el abogado. Las responsabilidades y cualidades del abogado son individuales. El debe evitar toda conexión que gobierne el desempeño de sus deberes por o en el interés de tal intermediario. La vinculación del abogado con su cliente debe ser personal, y la responsabilidad debe ser directa ante el cliente. Las asociaciones de caridad que prestan ayuda a los indigentes no son consideradas como intermediarios.

Un abogado puede aceptar empleo de cualquier organización, tal como una asociación, club o empresa comercial, para desempeñar servicios letrados en cualquier asunto en el cual la organización, como entidad, se halla interesada; pero este empleo no debe incluir el realizar tareas profesionales para miembros de tal organización con relación a sus asuntos particulares.

36. Retiro del cargo judicial o de un empleo público.

Un abogado no debe aceptar empleo como letrado en ningún asunto respecto del cual él ha actuado previamente en carácter judicial.

Un abogado, poseyendo en un tiempo una función pública o habiendo estado en un empleo público, no debe aceptar después de su retiro trabajos conexos con cualquier cuestión que él ha investigado o que ha pasado por ante él mientras se desempeñó en tal función o empleo.

37. *Secreto profesional.*

Es obligación del abogado conservar los secretos de su cliente. Este deber sobrevive al desempeño del abogado en la causa, y se extiende lo mismo a sus empleados; y ninguno de ellos debe aceptar un empleo que implique o pueda implicar la revelación o utilización de esos secretos, ya sea para conveniencia particular del abogado o sus empleados o para desventaja del cliente, sin su conocimiento y aprobación, y aún cuando hay otras fuentes eficaces de tales informaciones. El abogado no debe continuar su desempeño cuando descubre que esta obligación le impide el cumplimiento de todo su deber hacia su anterior o su nuevo cliente.

Si un abogado es acusado por su cliente, él no está excluido de descubrir la verdad respecto de la acusación. El anuncio de un cliente de su intención de cometer un crimen no está incluido dentro de los secretos que el abogado está obligado a respetar. El puede hacer adecuadamente las revelaciones que sean necesarias para impedir el acto o proteger a aquellos a quienes se amenaza.

38. *Retribución, comisiones y rebajas.*

El abogado no debe aceptar retribución, comisiones, rebajas u otras ventajas de terceros sin el conocimiento y el consentimiento de su cliente otorgado después de una amplia aclaración.

39. *Testigos.*

El abogado puede perfectamente entrevistar a cualquier testigo o futuro testigo de la contraparte en cualquier proceso civil o criminal sin el consentimiento del abogado de la parte contraria. De todas modos, al hacerlo, él debe evitar escrupulosamente efectuar cualquier sugestión calculada para inducir al testigo a ocultar o desviarse de la verdad, o afectar en medida alguna su conducta libre y sin trabas cuando se presente en la audiencia o en la plataforma de testigos.

40. *Periódicos.*

El abogado puede escribir artículos de calidad para publicaciones en los cuales él suministre información acerca del derecho; pero no debe aceptar trabajo de tales publicaciones para aconsejar a los que inquieren respecto de sus casos particulares.

41. *Descubrimiento de imposición y engaño.*

Cuando un abogado descubre que se ha realizado algún fraude o engaño, que ha gravitado injustamente sobre el Tribunal o una de las partes, él debe esforzarse en rectificarlo, primero acen-

dejando a su cliente, y si su cliente rehusa a perder la ventaja así injustamente ganada, debe rápidamente informar a la persona perjudicada o a su abogado, para que así ellos puedan tomar las medidas apropiadas.

42. Gastos del litigio.

Un abogado no puede correctamente acordar con su cliente de que el abogado pagará o soportará los gastos del litigio; él puede de buena fe adelantar gastos como una cuestión de conveniencia, pero sujetos a reembolso.

43. Listas Profesionales aprobadas.

Será incorrecto para un abogado permitir que su nombre se publique en una Lista Profesional cuya conducta, dirección o contenido sean aptos o adecuados para defraudar o perjudicar al público o a la profesión o para disminuir la dignidad o el prestigio de la profesión.

44. Abandono de una causa.

El derecho del abogado de abandonar una causa al comienzo asumida, sólo procede por justa causa. Aún el deseo o el consentimiento del cliente no siempre es suficiente. El abogado no debe deshacerse de la tarea inconclusa en detrimento de su cliente excepto por razones de honor o de auto-respeto. Si el cliente insiste en fijar un rumbo injusto o inmoral para la conducción de su caso, o si persiste no obstante las resistencias del abogado, en presentar defensas inútiles, o si deliberadamente hace caso omiso de un acuerdo u obligación relativo a los honorarios o gastos, el abogado puede ponerse a cubierto, retirándose con debido aviso al cliente, y concediéndole tiempo para contratar a otro abogado. Lo mismo corresponde también cuando el abogado descubre que su cliente no tiene chance en el pleito y éste está decidido a continuarlo; o aún cuando el abogado se considera a sí mismo incapaz de conducir el caso eficazmente. Pueden presentarse muchas otras situaciones en las que el retiro del abogado se justifica. Al retirarse de un caso en el cual se le ha pagado el anticipo de honorarios, el abogado debe restituir la parte del anticipo de la cual no se ha hecho claramente acreedor.

45. Especialistas.

Las reglas de la American Bar Association se aplican a todas las ramas de la profesión; los especialistas no se encuentran eximidos de la aplicación de estos principios.

46. Aviso a abogados locales.

Un abogado interesado en actuar como socio de otros en una rama particular del derecho, sólo puede enviar a los abogados locales y publicar en su revista jurídica local, un breve y digno anuncio de su disposición de trabajar en conexión con ellos. El anuncio debe ser tal que no constituya una declaración o manifestación de experiencia o habilidad especial.

47. Ayuda al ejercicio no autorizado de la profesión.

Ningún abogado permitirá que sus servicios profesionales o su nombre, sean utilizados para ayudar o hacer posible el ejercicio ilegítimo de la profesión por cualquier entidad legal, ya sea individual o sociedad anónima.

JURAMENTO DE ADMISION EN EL FORO

JURO SOLEMNEMENTE:

Que mantendré el respeto debido a los Tribunales de Justicia y a los funcionarios judiciales;

Que no patrocinaré o defenderé ningún pleito o proceso que me haga aparecer como injusto, ni defensa alguna que yo honestamente no considere viable según la ley del país;

Que con el propósito de defender las causas que me son confiadas emplearé sólo medios compatibles con la verdad y el honor, y nunca buscaré engañar al Juez o al jurado con algún artificio o falsa declaración de los hechos o del derecho;

Que mantendré la confianza y conservaré inviolablemente los secretos de mi cliente, y no aceptaré retribución en conexión con sus negocios excepto de él o con su conocimiento y aprobación;

Que me abstendré de todo ataque personal, y no presentaré hechos perjudiciales para la reputación de un litigante o testigo, a menos que lo requiera la justicia de la causa de la cual yo estoy encargado;

Que nunca rechazaré, por consideración alguna a mí mismo, la causa de los indefensos u oprimidos, o retrasaré la causa de cualquier hombre por lucro o maldad.

ASI ME AMPARE DIOS.

* Esta fórmula de juramento, originaria del Estado de Washington, es reconocida por la American Bar Association para su adopción por las autoridades competentes en todos los Estados de la Unión. (Nota del traductor).

ESCRITOS JUDICIALES

RECURSO DE QUEJA ANTE LA CORTE SUPREMA POR DENEGACION DE RECURSO EXTRAORDINARIO ¹

Por
JULIO I. LEZANA

Suprema Corte:

....., matriculado bajo el N°² por con domicilio constituido en³ a V. E. expongo:

Que vengo a interponer este recurso de queja, en vista de que se me ha denegado el recurso extraordinario que interpose en el EXPEDIENTE caratulado (N°.....) DE LAS CAMARAS PARITARIAS DE ARRENDAMIENTOS Y APARCERIAS RURALES, contra la sentencia definitiva que la Cámara Central dictó como tribunal de alzada.

La denegatoria aludida está fechada el 25 de febrero de 1960 y se me notificó el 11 de marzo de 1960, vale decir QUE ESTA QUEJA LA INTERPONGO DENTRO DEL TERMINO DE LOS TRES DIAS que la ley fija. (Art. 231, ley 50) ⁴.

¹ Debe interponerse dentro de los tres días de notificado el auto denegatorio del recurso extraordinario, dictado por el tribunal superior de la causa, aumentándose el plazo a razón de un día por cada siete leguas, cuando se trate de tribunales radicados fuera de la Capital Federal; ley 50, art. 231. Como este recurso no está legislado especialmente, se aplican los arts. 229 a 231 de la ley 50.

Por tribunal superior debe entenderse aquí cuyo fallo sobre la cuestión federal debatida es irrevocable dentro de la organización procesal aplicable, ya se trate de tribunales de provincia; art. 14, ley 48, o de tribunales federales o militares; art. 6, ley 4053.

La forma de la notificación, desde la cual se computa el plazo se rige por la ley procesal correspondiente al tribunal en el cual se ha tramitado la causa.

² No es necesario acreditar la personería del recurrente, si éste ya la tiene acreditada en el juicio y, en este caso, puede actuar aunque no se trate de un profesional inscripto en la matrícula de la Corte. Si se constituye nuevo apoderado deberá cumplir con ambos requisitos.

³ Debe indicarse el domicilio que se constituye; art. 6, ley 50. De no hacerlo así la Corte ordenará el cumplimiento de este detalle.

⁴ No es necesario acompañar copias de la sentencia definitiva, ni del escrito de interposición del recurso, ni del auto denegatorio, porque, en el procedimiento federal, se solicita un informe al respecto al tribunal recurrido; art. 230, ley 50, que, a su vez, se envía resolviendo el expediente "como mejor informe". A su vez, la Corte, puede, si lo estima conveniente, requerir al interesado la presentación de esos recaudos, que se presentan en copia simple.

Sostengo que el recurso ha sido mal denegado por las siguientes razones⁴:

I. — Cuando contesté la demanda por desalojo que dió lugar a este juicio, taché de inconstitucionales a las Cámaras Paritarias de Arrendamientos y Aparcerías Rurales, porque los arts. 1 y 46 de la ley 13.246 y 1° de la ley 13.897 (mantenidos por el art. 26 de la ley 14.451, posterior a la traba de la litis) que les concedían jurisdicción en materia de locación rural, eran inconstitucionales, en cuanto establecían pretendidos "tribunales" de jurisdicción nacional en materia que correspondía a las jurisdicciones locales, violando así lo dispuesto por el art. 68, inc. 11 de la Constitución.

II. — Además, les negué el derecho a juzgar, porque no eran tales "tribunales", ya que no formaban parte del poder judicial de la Nación, puesto que integraban el poder administrador, dependientes del ministerio del ramo y, por ende, del presidente de la Nación, quien nunca puede ejercer funciones judiciales, ni por sí ni por medio de sus subordinados, por lo cual las leyes citadas, al permitirlo a estos últimos, violaban también el art. 95 de la constitución nacional.

III. — Como la sentencia no hacía lugar a ninguna de esas dos impugnaciones, el recurso era procedente.

Sin embargo la Cámara Paritaria Central lo deniega, sosteniendo que hay jurisprudencia de esa Corte declarando que esos tribunales no son inconstitucionales. Mi parte no ignora la existencia de esos fallos, sino que sostiene que, en primer lugar, ellos no aparecen debidamente fundados por el tribunal en su actual composición y, además, que esa jurisprudencia puede cambiar. **DE CUALQUIER MANERA A QUIEN CORRESPONDE RESOLVER ESO ES A ESTA SUPREMA CORTE Y NO AL TRIBUNAL RECURRIDO.**

El hecho de que la Suprema Corte puede denegar lo pedido en el recurso extraordinario, no indica que no proceda. Peseisimamente, si hay fallos declarando constitucionales a las Cámaras Paritarias es porque el recurso extraordinario procedió y permitió a esa Corte decidir al respecto.

Lo dicho basta para fundar la improcedencia de la denegatoria que ha sufrido mi parte, pero para cumplir también con la jurisprudencia que exige que se funde el recurso al interponerse la queja (Fallos: t. 109, p. 238; 180, 15; 182, 383; 187, 411; 193, 67) agregó que, difícilmente, ante un estado de derecho y defensor del federalismo, pueden admitirse estos tribunales que alteran

⁴ Debe expresarse concretamente las razones por las que procede el recurso, es decir, cuáles son las disposiciones cuya inconstitucionalidad se ha alegado y los argumentos que apoyan el criterio sustentado por el recurrente. En algunas oportunidades (Fallos 193, 67) se ha decidido que la obscuridad con que se formulaba la queja constituía motivo suficiente para rechazar el recurso.

las jurisdicciones establecidas por la constitución y establezcan tribunales nacionales para causas reservadas por ella a los tribunales de provincia.

Menos aún puede admitirse que decidan cuestiones de derecho privado, organismos administrativos, que elige y nombra el P. E., pues en el fondo es él quien elige también a los "representantes" de los arrendadores y de los arrendatarios. El P. E. no puede decidir así en asuntos privados, como no podría decidir mañana en un divorcio, pues no se trata de asuntos de administración pública.

Respecto a lo expuesto, la doctrina ha hecho su obra y ha fulminado estos tribunales, como puede verse en trabajos como los de Bielsa ("La Ley", t. 75, p. 787); Ibañez Fronchan (Revista de Der. Procesal, 1954-I, p. 253); Cozzi ("La Ley", t. 91, p. 903); La Federación Argentina de Colegios de Abogados (Rev. del Col. de Abogados, año 1950, t. 28, N° 1, p. 437) y Ayarragaray ("La Ley", t. 69, p. 835) a los que debe añadirse las resoluciones del Colegio de Abogados de La Plata (Memorias de 1957 y 1958, pá. 11 y 14) y la más reciente del 13 de setiembre de 1959. A esto hay que agregar las contundentes notas de Procola y Nerva, que aparecen regularmente en "La Ley", siendo de destacar la publicada el 8 de mayo de 1958, al pie del fallo 41.960, p. 2.

Añádase a lo expuesto la creación del fuero rural judicial en la provincia de Buenos Aires (decretos-leyes provinciales Nos. 21.209/57 y 2.729/58, ratificados por la ley 5.587) y las razones que sustentan los fallos publicados en "La Ley", t. 85, p. 352 y en J. A. t. 1957-III, p. 474; t. 1958-IV, p. 209 y 1957-II, p. 234 y se verá que esta jurisdicción anormal, estos "juerces" especiales, no pueden subsistir.

En consecuencia, el recurso interpuesto ha sido mal denegado.

Por lo tanto, solicita:

- 1°) Que se requiera de la Cámara Central de Arrendamientos y Aparcerías Rurales el informe a que se refiere el art. 230 de la ley 50, o la remisión del expediente citado.
- 2°) Que se declare mal denegado el recurso y se haga lugar al mismo, dictándose la providencia de "autos", para poder presentar el memorial que prevé el art. 8 de la ley 4055.
- 3°) Que, oportunamente, se declaren nulos los fallos dictados por las Cámaras Paritarias que han intervenido en este juicio, a fin de que la causa se tramite ante los tribunales de la constitución y de la ley.

SEÑAL JUSTICIA. *

* Este escrito, en lo substancial, fue el presentado en el juicio que dió lugar a la declaración de la inconstitucionalidad de las Cámaras de Arrendamientos y Aparcerías Rurales. El fallo respectivo se publicó en "La Ley", del 6 y 7 de octubre de 1955, fallo N° 45.249 y el tribunal consideró que no se requería más subsecuencia y dictó sentencia directamente, después de oír al procurador de la Nación, sin dar oportunidad a las partes a presentar el memorial establecido en el art. 8 de la ley 4055.

El recurso se presenta en estado de situación —§ 14, actualmente— y se dejan dos sellos para despacho.



UNIVERSITARIAS

UN PROGRAMA ANALITICO DE DERECHOS REALES Y SU BIBLIOGRAFIA

Por

GUILLESIMO L. ALLENDE

Profesor Adjunto Interino de Derecho Civil IV

Advertencia: A fin de facilitar al estudiante la preparaci6n de esta materia, como así también por haber tenido en cuenta las diversas consultas que se me han hecho, he confeccionado el presente programa analítico y además:

a) Una bibliografía general, teniendo especialmente presente aquellas obras que responden más o menos en su totalidad al programa;

b) Una bibliografía especial, punto por punto. Aquí se cita las obras de la bibliografía general, pues ellas deben ir referenciadas. No quita que esto tenga excepciones, cuando así lo requiere la importancia que la obra de la bibliografía general da a un aspecto determinado de la materia;

c) En un próximo número publicaré una bibliografía amplia general dividida en dos secciones: Derecho romano y Derecho civil.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

FERRAS, AUGUSTO: *Esbozo* (Anteproyecto de Código Civil brasileño).

LAFAYETTE, HÉCTOR: *Tratado de los Derechos Reales* (3 volúmenes).

MARCONI, J. G.: *Exposición y comentario del Código Civil argentino* (11 volúmenes).

SALAS, ROBERTO: *Derechos reales* (ed. actualizada).

SANCHEZ, LEONARDO: *Código Civil* (2 tomos).

BOLILLA I

INTRODUCCION

I.—Bien y cosa:

A.—Concepto de "bien".

B.—Concepto de "cosa".

C.—Análisis de la nota al artículo 317 del Esbozo.

- D — Concepto de "cosa" en los proyectos argentinos y en los códigos contemporáneos.
- II — Clasificación de las "cosas":
- A — Consideradas en sí mismas.
 - B — En relación a las personas.
- III — Derecho patrimonial:
- A — Concepto.
 - B — Clasificación.
 - C — Metodología del Codificador.
- IV — Metodología antigua y moderna sobre los derechos patrimoniales:
- A — Derecho romano.
 - B — Código francés.
 - C — Edoes.
 - D — Código alemán.
 - E — Código italiano.
 - F — Anteproyecto y Proyecto.

BOLILLA 3

DERECHOS REALES: GENERALIDADES

- I — Concepto de derecho real:
- A — Definición, naturaleza y caracteres.
 - B — Elementos: nociones.
- II — La cuestión en el Derecho romano: la acción real.
- III — Concepción clásica sobre el derecho real:
- 1 — Ortolan.
 - 2 — Mackelley.
 - 3 — Demolombe.
 - 4 — Frutas.
- IV — Concepciones no clásicas:
- 1 — Teoría de la obligación patrimonial universal.
 - 2 — Otras teorías.
 - 3 — La posición de Windscheid.
- V — La concepción del Codificador:
- A — Análisis de la nota al título IV.
 - B — Análisis de la nota al artículo 457 y al título III.
 - C — Metodología del Código:
 - 1 — Fuentes.
 - 2 — Análisis crítico.
- VI — Importancia institucional y económica de los derechos reales.

BOLILLA 3

DE LOS DERECHOS REALES

- I—Enumeración de los derechos reales:**
A—Carácter de la enumeración.
B—Análisis crítico del artículo 2614.
C—Derechos reales fuera del Código civil: nociones.
- II—Derechos reales no enumerados:**
A—Valor de los derechos reales creados con anterioridad al Código civil y no admitidos por éste.
B—Valor de los derechos reales creados por los particulares y no admitidos en el Código civil e en leyes nacionales.
- III—Casos dudosos:**
A—Posesión (sólo breves nociones).
B—Locación.
C—Hipoteca.
D—Anticresis.
E—Privilegio.
F—Derecho de retención.
G—Derechos intelectuales (sólo breves nociones).
- IV—Obligaciones reales:**
A—Concepto. Diferencias con las cargas reales.
B—La cuestión en el Código civil: estudio especial de la nota la artículo 497.
C—Legislación comparada.
- V—Consolidación.**
A—Criterio general adoptado por el Código.
B—Situaciones especiales:
1—Hipoteca.
2—Herencia.
- VI—Adquisición y pérdida de los derechos reales:**
A—Análisis del artículo 2565 y nota.
B—Título y modo:
1—Concepto.
2—Crítica a nota diferenciación.

BOLILLA 4

LA POSESION

- I—Concepto y elementos:**
A—El corpus.

B — El animus.

C — Con relación a ambos elementos y teniendo especialmente presente su discrepancia con la tenencia:

1 — Conceptos de Savigny.

2 — Concepto de Ihering:

a — Evaluación de su pensamiento.

b — Crítica a Savigny y análisis de esta crítica.

3 — Concepto de Freitas.

4 — Concepto de Van Wetter.

II — La posesión en el Código:

A — Concepto de posesión y tenencia.

B — Análisis detallado de los artículos 2351, 2352 y 2461.

C — Fuentes principales del Código y especialmente:

1 — Savigny.

2 — Freitas.

III — La cosa posesión:

A — En el Derecho romano.

B — En el Derecho francés.

C — Efecto: supresión de las cosas incorpóreas.

D — En el Código civil:

1 — Las fuentes.

2 — La cuestión en el Código y en las notas.

E — Códigos contemporáneos.

IV — Análisis de las distintas relaciones que pueden establecerse entre la persona y la cosa:

A — De hecho.

B — De derecho.

V — Terminología en materia posesoria:

A — Derecho romano.

B — Edad media.

C — Código francés.

D — Código argentino.

E — Códigos contemporáneos: breves nociones.

BOLILLA 6

NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA POSESION

I — Naturaleza jurídica de la posesión:

A — Examen de las teorías que la consideran un hecho y en especial:

1 — Savigny.

2 — Windscheid.

B — Examen de las teorías que la consideran un derecho y en especial:

- 1 — Haring.
 - 2 — Molitor.
 - C — Criterio actual dominante en la materia y en especial:
 - 1 — Van Weter.
 - 2 — De Ruggiero.
 - D — La cuestión en el Código civil:
 - 1 — El método del Codificador: análisis a la breve nota del H. los III y posición de Meckeldey.
 - 2 — Artículos y notas del Código civil.
 - E — La doctrina nacional y en especial:
 - 1 — Sagovia.
 - 2 — Birkoni.
 - 3 — Salvan.
 - 4 — Lafille.
 - 5 — Legio.
- II — Fundamento de la posesión:**
- A — Teorías absolutas y relativas: ¿En qué se diferencian?
 - B — Concepción de Gass y Stöhl.
 - C — Concepción de Savigny, Rudoff, Haring.
 - D — Análisis del Código civil y de sus notas.
 - E — El problema en la actualidad.

VI — Pronunciamiento:

- A — Importancia de la cuestión.
- B — Código civil francés y en especial artículo 2230.
- C — Código argentino:
 - 1 — Pronunciamiento establecidos,
 - 2 — Análisis especial del artículo 2284:
 - a — Los actos posesorios, ¿establecen una pronunciamiento sobre el corpus o sobre la posesión? Jurisprudencia.

BOLILLA 6

CLASIFICACION DE LA POSESION E INTERVENCION DE TITULO

- I — Clasificación de la posesión: concepto:**
- A — Posesión legítima.
 - B — Posesión ilegítima:
 - 1 — División de la posesión ilegítima:
 - a — De buena fe.
 - b — De mala fe:
 - 1 — De simple mala fe.
 - 2 — Violencia:
 - a — Caso de los muebles.
 - b — Caso de los inmuebles.
 - C — Jurisprudencia.

II — Concepto de intervención de título:

- A — Significado de la regla: "nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest".
- B — La intervención de título en el Código.
- C — Situación especial: percepción de frutos.
- D — Presunciones.

III — Casos especiales:

- A — Coposeedores.
- B — Personas jurídicas.
- C — Representación.
- D — Caso de sucesión y sucesión de posesiones.

BOLETA 7

ADQUISICION DE LA POSESION

I — Adquisición por sí:

- A — Generalidades:
 - 1 — Por actos entre vivos.
 - 2 — Por causa de muerte: nociones.
- B — Por actos entre vivos:
 - 1 — Adquisición unilateral: concepto:
 - a — Aprehensión u ocupación.
 - b — Disposición.
 - 2 — Adquisición bilateral:
 - a — Concepto de tradición.
 - b — Naturaleza jurídica.
 - c — Requisitos.
 - d — Muebles.
 - e — Inmuebles.
 - f — La tradición en el Código de comercio: nociones.
 - 3 — La tradición *bona fide*:
 - a — Antecedentes históricos.
 - b — El Código: análisis detenido del artículo 1367.
 - 4 — El *constitutum* posesorio:
 - a — Antecedentes históricos.
 - b — El Código.
 - c — Fuentes del Código.
 - d — Discusión sobre la existencia del "constitutum".
 - e — Jurisprudencia.
 - 5 — La "traditio" y el "constitutum" en los códigos contemporáneos.

II — Adquisición por representante:

- A — Nociones en el Derecho romano.
- B — En el Código civil.

- 1 — Representante voluntario.
 - 2 — Representante legal.
- III — Capacidad para adquirir la posesión:
- A — Personas de existencia visible.
 - B — Personas jurídicas.
- IV — Transferencia de la posesión:
- A — Sucesión a título universal.
 - B — Adquisición de acciones.
 - C — La transferencia de la posesión en los códigos contemporáneos y en el Anteproyecto.

BOLILLA 8

CONSERVACION Y PERDIDA DE LA POSESION. DE LA TENENCIA.

- I — De la conservación y pérdida de la posesión en el Derecho romano:
- A — Concepción de Savigny.
 - B — Posición de Ihering y de Saleilles.
- II — En el Código civil:
- A — Conservación de la posesión:
 - 1 — Criterio general adoptado.
 - 2 — Normas especiales.
 - B — Pérdida de la posesión:
 - 1 — Criterio general adoptado.
 - 2 — Normas especiales.
- III — De la tenencia:
- A — Concepto de tenencia en el Derecho romano.
 - B — En el Código:
 - 1 — Concepto y definición.
 - 2 — Tenencia absoluta y relativa.
 - 3 — Distintos casos de tenencia:
 - a — Estudio especial del artículo 1462.
 - 4 — Derechos y obligaciones del tenedor.
 - C — La tenencia en los códigos contemporáneos:
 - 1 — Código alemán.
 - 2 — Código italiano.

BOLILLA 9

EFFECTOS DE LA POSESION

- I — Los efectos de la posesión en el Derecho romano:

A — Distintas concepciones y en especial:

- 1 — Sarrigny.
- 2 — Ihering.
- 3 — Windscheid.
- 4 — Van Wette.

II — Código civil:

A — Efectos de la posesión:

- 1 — Acciones posesorias.
- 2 — Prescripción adquisitiva.
- 3 — Efecto la existencia o no de otros efectos.

B — De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión:

- 1 — Concepto.
- 2 — Análisis de las distintas obligaciones y derechos.

C — De las obligaciones y derechos del poseedor de buena o mala fe (simplemente de mala fe y posesión viciosa):

- 1 — Casos a examinar en relación al:
 - a — Fructo.
 - b — Frutas.
 - c — Productos.
 - d — Mejoras.
 - e — Gastos.
 - f — Riesgos.

D — Situación especial del poseedor de buena fe a quien se le hace saber la demanda de reivindicación:

- 1 — Análisis especial de la nota al artículo 2433.

BOLILLA 10

EFFECTOS DE LA POSESION DE COSAS MUEBLES

I — Clasificación de las cosas en el Derecho romano:

- A — Cosas mancipi y nec mancipi.

II — En el Derecho germánico:

- A — Cosas muebles e inmuebles.

III — En la Edad media.

IV — El Código:

A — Fuentes directas:

- 1 — Código francés.
- 2 — Proyecto de Freitas.

B — Análisis del artículo 2442:

- 1 — Condiciones requeridas para su aplicación.
- 2 — Carácter de la posesión de propiedad. Jurisprudencia.

C — Otros artículos que complementan la norma y en especial, artículo 2467.

- D—Análisis de los artículos 2413 y 2414. Sus fuentes.
- E—Casos no comprendidos en la presunción de propiedad:
 - 1—Seguros contemplados en el artículo 2415.
 - 2—Régimen de los sucesiones.
 - 3—Automóviles.
 - 4—Baqueas.
 - 5—Aeromarina.
 - 6—Papeles de comercio.

V—Anteproyecto y Proyecto de la comisión reformadora.

BOLILLA 11

PROTECCION POSESORIA EN GENERAL.

- I—Concepto de protección posesoria.
- II—La protección posesoria en el Derecho romano:
 - A—Derecho clásico:
 - 1—Distintas clases de interdictos y análisis somero de los mismos.
 - B—Derecho Justiniano:
 - 1—Evolución de los interdictos.
- III—Edad media:
 - A—Fuente de los interdictos romanos.
 - B—Defensas especialmente creadas en la Edad media:
 - 1—Exceptio spolii.
 - 1—Exceptio spolii.
 - 3—Possessorium summarissimum:
 - Análisis y causas que motivaron el nacimiento de estas tres defensas, como así también discusión acerca de su extensión a la tenencia.
- IV—Derecho francés:
 - A—Noticias sobre el Código civil y de Procedimientos en la materia.
 - B—Análisis de la "complainte" y de la "réintégrande".
- V—Derecho español, hasta la acción del Código civil argentino.
- VI—Análisis de las acciones posesorias en el Edocon.

BOLILLA 12

LA PROTECCION POSESORIA EN EL CODIGO GENERALIDADES Y DEFENSA EXTRAJUDICIAL.

- I—Defensas que comprende:

- A.—Protección extrajudicial: nociones.
- B.—Protección judicial: nociones.
- C.—Crítica a la leyenda del título.
- D.—Inadecuados de los Códigos de procedimientos: nociones.
- E.—Delito de usurpación: nociones.

II — Defensa extrajudicial:

- A.—Prohibición de turbar la posesión.
- B.—Concepto de turbación arbitraria. *Jurisprudencia.*
- C.—Defensa extrajudicial:
 - 1.—Distintas situaciones que contempla el artículo 2470.
 - 2.—Requisitos.
 - 3.—Fundamento.
 - 4.—Legítima defensa en el derecho penal.

III — La defensa extrajudicial en los códigos contemporáneos: nociones.

BOLILLA 13

ACCIONES POSESORIAS

I — Enumeración y nociones de las acciones posesorias.

II — Fuentes diversas del Código:

- A.—Fréitas.
- B.—Código francés.
- C.—Código de Chile.

III — Personas a quienes se conceden las acciones posesorias:

- A.—Titular de un derecho real.
- B.—Poseedor.
- C.—Tenedor.

IV — Objeto de las acciones posesorias:

- A.—Inmuebles.
- B.—Situación especial de los muebles.
- C.—El interdicto "utruhi"; suerte del mismo a través del tiempo.
- D.—Los muebles en el Anteposquito. Análisis crítico de la nota a los artículos 2335 a 2337 en la parte que se refiere a los muebles.

V — Requisitos de las acciones posesorias:

- A.—Análisis del artículo 2473 y concordantes.
- B.—Anualidad. Análisis de la nota al artículo 2473:
 - 1.—Excepción a la anualidad.
- C.—Carencia de vicios:
 - 1.—Análisis de cada uno de los vicios.
 - 2.—La cuestión en el Derecho romano. *Discusiones.*
 - 3.—La posición de Fréitas.

- 4—Relatividad de este requisito.
- 5—Fuera de los ríos.
- 6—Concepto de posesión quiete y pacífica.
- 7—Concepto de posesión pública. Análisis de la nota al artículo 2473.

D—Concepto de posesión continua y no interrumpida. Análisis de la nota al artículo 2481.

BOLILLA 14

ACCIONES POSESORIAS

- I—Alcance de las acciones posesorias: (Son acciones personales, reales o mixtas? Importancia de la cuestión.
- II—Alcance de las acciones posesorias en Roma.
- III—Alcance de las acciones posesorias en la Edad media:
 - A—Inocencio III y la actio agelli.
 - B—La opinión de Savigny; crítica.
- IV—La cuestión en el Código:
 - A—Análisis de la nota al título II:
 - 1—Cita incompleta de Molitor.
 - B—Necesidad de distinguir la acción de despejo de las demás acciones posesorias:
 - 1—Opinión de Molitor.
 - 2—Disposiciones del Código.
- V—Prescripción de las acciones posesorias.
- VI—Prueba en materia de acciones posesorias. Presunciones.
- VII—Fideicomiso y posesorio:
 - A—El *ius possidendi* y el *ius possessionis*:
 - 1—Análisis crítico de esta terminología.
 - 2—Análisis de la nota al artículo 2492.
 - 3—Situaciones excepcionales.

BOLILLA 15

ACCION POSESORIA DE MANUTENCION Y DE RESTITUCION

- I—Concepto de turbación:
 - A—La turbación en el derecho romano. Defensa.
 - B—La turbación en el Derecho francés. Defensa.
 - C—La turbación en el Edozo. Defensa.

- D—El Código:
 - 1—Análisis crítico de los artículos 2496 y 2497.
 - 2—Jurisprudencia.
- E—El Código penal y la restitución. Nociones.

II—Acción posesoria de restitución. Concepto:

- A—¿Es esta acción distinta de la de despojo?
 - 1—Doctrina y especialmente: Lafaille, Ferrérols y Legón. Análisis crítico de las mismas.
 - 2—Jurisprudencia.
- B—Análisis del artículo 2497 y conclusiones que pueden inducirse del mismo.
- C—Actos de desposesión:
 - 1—La desposesión en el Derecho romano. Defensas.
 - 2—La desposesión en el Derecho francés. Defensas.
 - 3—La desposesión en el Ebrozo. Defensas.
 - 4—La desposesión en el Código civil.
- D—La desposesión en el Código penal; nociones.

BOLILLA 18

ACCIONES DE DESPOJO Y DE OBRA NUEVA. ACTOS EMANADOS DE LAS
AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. JUZGAMIENTO DE LAS ACCIONES
POSESORIAS

I—Acción de despojo. Concepto.

II—Antecedentes de la acción:

- A—Derecho romano y especialmente "interdicto de vi armata".
- B—Edict media:
 - 1—Las Falas Decretales y la exceptio spolii.
 - 2—Decreto de Graciano y la actio spolii.
 - 3—Possessorium summarissimum.
- C—Derecho francés:
 - 1—Análisis especial de la "réintégrande":
 - a—Posición de Aubry et Rau frente a esta acción.
- D—El Ebrozo y especialmente:
 - 1—Acción de despojo (rebuella).
- E—Otras fuentes y especialmente el Código de Chile.

III—Naturaleza de la acción y especialmente:

- A—Jurisprudencia de la Corte Suprema.

IV—Amplitud del término "despojo":

- A—Análisis crítico de la doctrina.
- B—Análisis crítico de la jurisprudencia y especialmente:
 - 1—De la Capital Federal.

2 — De la provincia de Buenos Aires.

V — Prueba y condenaciones de la sentencia.

VI — Acción de obra nueva. Concepto:

- A — Dilaciones a establecer según el lugar donde se comienza la obra.
- B — Efectos de la acción durante el juicio y efectos de la sentencia.

VII — Las acciones posesorias y los actos emanados de las autoridades administrativas y judiciales.

VIII — Juzgamiento de las acciones posesorias.

BOLILLA 17

DE LOS INTERDICTOS DE LOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS (Especialmente; Capital Federal y provincia de Buenos Aires)

I — Panorama general de los interdictos en los Códigos de procedimientos.

II — Los interdictos y las acciones posesorias:

- A — Análisis de la doctrina y jurisprudencia que sostiene que los interdictos son la regulación procesal de las acciones posesorias.
- B — Análisis de la doctrina y jurisprudencia que sostiene que los interdictos y las acciones posesorias son independientes.

III — Interdicto de retener:

- A — Sus fuentes.
- B — Exigencias para su procedencia.
- C — Procedimiento.
- D — La sentencia y la apelación.

IV — Interdicto de recobrar:

- A — Sus fuentes.
- B — Exigencias para su procedencia.
- C — Procedimiento.
- D — La sentencia y la apelación.

V — Del interdicto de obra nueva:

- A — Referencia al Código civil.

VI — Del interdicto de adquirir:

- A — Fuentes:
 - 1 — Derecho romano.
 - 2 — Derecho español.
 - 3 — Proyecto de Domínguez.
- B — Exigencias para su procedencia. Jurisprudencia.
- C — Procedimiento.
- D — Sentencia y apelación.

LAS DEFENSAS POSESORIAS EN LOS CODIGOS CONTEMPORANEOS
Y EN LOS PROYECTOS ARGENTINOS

I — Código alemán:

- A — Objeto de las acciones posesorias.
- B — Clasificación de la posesión.
- C — Servidumbres de la posesión.
- D — Defensa extrajudicial.
- E — Defensa judicial.

II — Código Suizo y brasileño: nociones.

III — Código Italiano:

- A — Objeto de las acciones posesorias.
- B — Posesión y tenencia.
- C — Defensa extrajudicial.
- D — Defensa judicial.

IV — Anteproyecto de Bittolini:

- A — Objeto de las acciones posesorias.
- B — Clasificación de la posesión.
- C — Servidumbres de la posesión.
- D — Defensa extrajudicial.
- E — Defensa judicial.
- F — Naturaleza jurídica de las acciones posesorias. ¿Son acciones reales o personales?
- G — Prueba. Caso especial de la prueba de fechos.
- H — Procedimiento.
- I — Condenaciones de la sentencia.

V — Proyecto de la Comisión: nociones.

DOMINIO

I — Propiedad y dominio:

- A — Cuantías sobre el significado técnico de ambas vocablos:
 - 1 — Derecho romano.
 - 2 — Fechos.
 - 3 — Constitución Nacional.
 - 4 — Código civil.
 - 5 — Otras leyes de nuestro derecho positivo.

II — Dominio. Concepto:

- A — Fundamento del dominio:
 - 1 — Controversia.
 - 2 — Concepción individualista.
 - 3 — Concepción socialista.
 - 4 — La doctrina de la Iglesia.
 - 5 — Concepción de Dogat.
- B — Nociones históricas:
 - 1 — Derecho romano.
 - 2 — Edad media.
 - 3 — Revolución francesa.
- C — Derecho comparado:
 - 1 — Código francés.
 - 2 — Esbozo de Freitas.
 - 3 — Código alemán.
 - 4 — Derecho ruso.
- D — Constitución Nacional: jurisprudencia.

BOLLETA 30

DOMINIO: EL CODIGO

- I — Definición del dominio:
 - A — Análisis del artículo 2506 y nota.
- II — Clasificación del dominio: perfecto e imperfecto:
 - A — Análisis de los artículos 2507 y 2661.
- III — Propiedad y dominio del Estado:
 - A — Dominio público y privado.
 - B — Dominio internacional.
 - C — Dominio eminente.
 - D — Análisis de la nota al artículo 2507.
- IV — Caracteres del dominio:
 - A — Carácter absoluto: concepto:
 - 1 — Jus possidendi.
 - 2 — Jus utendi.
 - 3 — Jus fruendi.
 - 4 — Jus abutendi.
 - 5 — Facultades materiales y jurídicas:
 - a — Análisis de las disposiciones del Código y especialmente artículo 2511 y nota.
 - b — Teoría del abuso del derecho: análisis y crítica.
 - c — Análisis del artículo 251.
 - B — Carácter exclusivo: concepto:

- 1 — Análisis de las disposiciones del Código y especialmente artículo 2508 y nota.
- C — Cauter perpetuo: concepto:
 - 1 — Análisis de las disposiciones del Código y especialmente artículo 2510.

V — Extensión del dominio:

- A — Por debajo y por encima del suelo:
 - 1 — Derecho romano y otros antecedentes.
 - 2 — Análisis del artículo 2518.
 - 3 — Códigos de minería y aeronáutica.
- B — De los accesorios:
 - 1 — Análisis de las disposiciones del Código civil y, en especial, artículos 2518, 2520 y 2521.
 - 2 — Crítica de Biblión a los artículos citados.
- C — Frutas y productos.

BOLETA 21

MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO

I — Concepto general:

- A — Análisis crítico del artículo 524.

II — Apropriación: concepto:

- A — Cosas sin dueño o abandonadas.
- B — Cosas perdidas.
- C — Casa y poses.
- D — Tesoro:
 - 1 — ¿Qué es un tesoro?
 - 2 — ¿Quiénes pueden buscar tesoros?
 - 3 — Derechos acordados al descubrir y al dueño del predio.

III — Especificación: concepto:

- A — Nociones sobre el Derecho romano.
- B — Diversos casos.
- C — Análisis especial de la nota al artículo 2567 y siguientes.

IV — Accesión: concepto:

- A — Análisis de la nota al artículo 2571.
- B — Aluvión: concepto:
 - 1 — Análisis especial del artículo 2573;
 - a — Crítica de Biblión.
 - 2 — Diversos casos.
 - 3 — Momento de la adquisición del dominio.
- C — Avulsión: concepto:
 - 1 — Reivindicación.

- D — Edificación y plantación: concepto:
 - 1 — Diveros casos.
 - 2 — Animales domesticados.
- E — Adquisición: concepto:
 - 1 — Diveros casos.
 - 2 — Análisis de la nota al artículo 2504.
- V — Tradición translativa de dominio: concepto:
 - A — La transmisión de las cosas en forma:
 - 1 — Municipios.
 - 2 — In iure census.
 - 3 — Tradición:
 - a — Su importancia creciente.

BOLILLA 28

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

- I — Derecho romano:
 - A — Usucapión: concepto.
 - B — *Prescriptio longi temporis*: concepto.
 - C — Fundamento de las mismas. Análisis crítico.
- II — El Código:
 - A — La Constitución Nacional y la prescripción.
 - B — Método del Código.
 - C — Sujeto y objeto.
 - D — Renuncia de la prescripción:
 - 1 — Prescripción ganada. Efectos.
 - 2 — Renuncia para lo sucesivo. Efectos.
 - E — Prescripción breve y larga:
 - 1 — Requisitos comunes:
 - a — Acción de posesiones.
 - 2 — Suspensión o interrupción:
 - a — Concepto y diferencias.
 - b — Casos.
 - F — Prescripción larga:
 - 1 — Requisitos.
 - 2 — Fracsa.
 - 3 — Procedimientos:
 - a — Informativos: crítica.
 - b — Ley 14.158. Nociones.
 - c — Decreto ley 5756/54:
 - 1 — Análisis crítica.
 - 2 — Jurisprudencia.
 - G — Prescripción breve:

1—Requisitos:

- a—Examen especial del jure cuncto y de la forma su
- 1—Análisis de la nota al artículo 2693.

III—Anteproyecto y Proyecto de la Comisión:

- A—Somero análisis de sus Exposiciones.
- B—Diferencias principales con nuestro Código:
 - 1—Fundamentos de tales diferencias.
- B—En el Derecho germánico:
 - 1—Importancia especial.
- C—En el Derecho francés.
- D—En el Edozo.
- E—Legislación argentina:
 - 1—Análisis especial del artículo 577 y nota, como así tam-
 - bién nota al capítulo "De la cancelación de las hipotecas".
 - 2—Análisis de los artículos 2601/2 y 5 y 5270.
 - 3—Análisis crítico del sistema.

BOLILLA 23

EXTINCION DEL DOMINIO. EXPROPIACION

I—Extinción del dominio: concepto:

- A—Clasificación: fundamento. Crítica.
- B—Extinción de una manera absoluta:
 - 1—Análisis de los distintos casos.
 - 2—Pérdida de la propiedad:
 - 1—Distintos casos.

II—Expropiación:

- A—Notiones históricas:
 - 1—Evolución de la institución.
- B—Concepto en el Derecho contemporáneo.
- C—Naturaleza jurídica.
- D—La expropiación y la Constitución Nacional.
- E—Normas del Código civil.
- F—Análisis de la ley 13.261:
 - 1—Calificación. Concepto de perfeccionamiento social.
 - 2—Sujeto expropiante.
 - 3—Objeto de la expropiación.
 - 4—Indemnización:
 - a—Sistema de la discusión parlamentaria.
 - b—Jurisprudencia.
 - 5—Normas de procedimiento.
 - 6—Derecho de retrocesión.
 - 7—Expropiación indirecta.
- G—Notiones sobre leyes provinciales.

RESTRICCIONES Y LIMITES DEL DOMINIO

- I—Análisis de la leyenda del título.
- II—¿Implican la existencia de una restricción o limitación al carácter absoluto del dominio?
- III—Fuentes del Código y principalmente:
 - 1—Aubry et Rau.
 - 2—Froinas.
- IV—Análisis del artículo 2611 y nota.
- V—Notiones sobre las restricciones de carácter administrativo; análisis de los distintos casos.
- VI—Restricciones de carácter civil:
 - A—Limitaciones a la disposición jurídica.
 - B—Limitaciones a la disposición material.
- VII—Régimen de las aguas:
 - A—Método del Código civil:
 - 1—Distintas partes del Código civil que tratan de las aguas y notiones sobre los principales casos contemplados.
 - B—Códigos rurales y leyes especiales.
 - C—El Código:
 - 1—Concepto de agua.
 - 2—Análisis detenido sobre las disposiciones que sobre aguas presenta el título y en especial:
 - a—Aguas pluviales.
 - b—Calle o camino público al margen de los ríos y canales.
 - c—Derechos y obligaciones recíprocas entre los propietarios de los fundos superiores e inferiores.
- VIII—El régimen de las aguas en el Proyecto de la Comisión reformadora: notiones.
- IX—El derecho de aguas como disciplina autónoma.

DEL DOMINIO IMPERFECTO Y DOMINIO CON CARACTERISTICAS ESPECIALES

- I—Del dominio imperfecto:
 - A—Análisis de los artículos 3503 y 3661.
 - B—Dominio fiduciario: concepto:
 - 1—Discusión acerca de su existencia en el Código.
 - C—Dominio revocable: concepto:
 - 1—Análisis especial de la nota al artículo 663.
 - D—Dominio desmembrado: concepto.
- II—Sim de familia:
 - A—Concepto de familia.
 - B—Breves nociones históricas y derecho comparado.

- C—El bien de familia antes de la sanción de la ley 14.394: nociones.
- D—Ley 14.399 (título V):
 - 1—Sumero análisis de sus disposiciones.
 - 2—Derecho reglamentario N° 2513/60:
 - a—Sumero análisis de sus disposiciones.

III—Seguros:

- A—Nociones históricas y Derecho romano.
- B—Naturaleza jurídica y caracteres esenciales.
- C—Situación de los acreedores. Ley 4128.
- D—Derecho a pedir la división del condominio. Jurisprudencia.
- E—Unificación: controversias y jurisprudencia.
- F—El Proyecto de la comisión: nociones.

BOLILLA 28

PROPIEDAD INTELECTUAL Y PROPIEDAD INDUSTRIAL

I—Introducción:

- A—Concepto y naturaleza jurídica:
 - 1—Objeto de estos derechos.
 - 2—Comparación con el objeto de los derechos reales.

II—Propiedad intelectual:

- A—Evolución histórica.
- B—La Constitución Nacional.
- C—Nociones sobre la ley 3682.
- D—Ley 11.723:
 - 1—Objeto:
 - a—Análisis especial del artículo 1° y complementarios (especialmente 7 y 28).
 - 2—Facultades que concede al autor.
 - 3—Titulares del derecho.
 - 4—Duración del derecho:
 - a—Autores.
 - b—Otros titulares: modificación introducida por el decreto-ley 12.063/57.
 - 5—Concepto de obra póstuma.
 - 6—Disposiciones sobre obras extranjeras.
 - 7—Concepto de colaborador: derechos y obligaciones.
 - 8—Situaciones especiales: retratos fotográficos y cartas.
 - 9—Contrato de edición.
 - 10—Contrato de representación.
 - 11—Enajenación de la obra: caracteres especiales.
 - 12—Intérpretes.
 - 13—Del registro de las obras.
 - 14—Disposiciones relativas al fomento de las artes y de las letras.
 - 15—Sanciones de orden penal.
 - 16—Procedimiento civil.

17—De las denuncias ante el Registro Nacional.

III—Propiedad industrial:

- A—Marcas de comercio; conceptos.
- B—Nombre y designación comercial; conceptos.
- C—Fondo de comercio; ley 11.867. Nociones.

FOLICULA 27

CONDOMINIO

I—Derecho romano:

- A—Concepto.
- B—Naturaleza jurídica.

II—Derecho germánico:

- A—Concepto.
- B—Naturaleza jurídica.
- C—El condominio en el Código alemán. Sistema que adopta.

III—El Código:

- A—Concepto, caracteres y naturaleza jurídica.
- B—Comparación con otras figuras jurídicas y en especial con:
 - 1—Dominio.
 - 2—Sociedad.
 - 3—Servidumbre.
 - 4—Comunidad de bienes inmateriales.
 - 5—Indivisión hereditaria; nociones.

IV—Constitución:

- A—Diversos casos.
- B—Constitución por prescripción.

V—Distintas clases de condominio:

- A—Condominio sin indivisión forzosa; nociones.
- B—Condominio con indivisión forzosa:
 - 1—Distintos casos; emanación y nociones.

FOLICULA 28

CONDOMINIO SIN INDIVISION FORZOSA

I—Facultades de los condóminos:

- A—Sobre la parte indivisa:
 - 1—Principio general (artículo 2676). Limitaciones.
 - 2—Enajenación.
 - 3—Hipoteca; distintos casos. Crítica.
 - 4—Constitución de servidumbres.
- B—Sobre la cosa:
 - 1—Derecho de uso y goce de la cosa; limitaciones.
 - 2—Actos materiales de disposición:
 - a—Análisis crítico del artículo 2680.
 - 3—Actos jurídicos:
 - a—Análisis de los artículos 2682 y 2683.

- II—Derecho de los acreedores de los condóminos:
 - A—Embargo y venta de la parte indivisa.
- III—Obligaciones y responsabilidades de los condóminos:
 - A—Gastos de conservación y reparación de la cosa:
 - 1—Naturaleza jurídica de esta obligación.
 - 2—Responsabilidad por incumplimiento.
 - 3—Derecho de abandono.
 - B—Obligaciones por deudas contraídas en pro de la comunidad:
 - 1—Obligaciones personales.
 - 2—Cargas reales: hipoteca y otras seguras.
 - 3—Insolvencia de uno de los condóminos.
- IV—Administración de la cosa común:
 - A—Explotación común.
 - B—Explotación no común:
 - 1—Distintos casos admitidos por la ley.
 - 2—Mayoría establecida. Crítica.
 - C—Explotación por administración:
 - 1—Del administrador.
 - 2—Mayoría necesaria por el nombramiento. Remoción.
 - 3—Naturaleza jurídica.
 - 4—Caso especial de que administre sin mandato.
 - D—Explotación por locación.
 - E—Frutos: división entre los condóminos.
- V—Extinción del condominio:
 - A—Diversos modos: conexos con el dominio y prolejo.
- VI—División de la cosa común.

BOLILLA 22

CONDOMINIO CON INDIVISION FORZOSA

- I—Establecido por la ley:
 - A—Accesorios indispensables:
 - 1—Análisis de los artículos 2719 y 2711.
 - 2—Facultades de los condóminos. Límites.
 - B—Condominio de los muros, cerros y frentes:
 - 1—Nociones y antecedentes históricos.
 - 2—Fuentes del Código.
 - 3—Condominio de muros o paredes:
 - a—Muro divisorio y muro medianero. Presunciones.
 - b—Caso especial del artículo 2719. Crítica.
 - 4—Obligación de encorramiento:
 - a—Condiciones de la obligación de encorramiento.
 - b—Condiciones que deben revertir las paredes:
 - a—Digno municipal.
 - c—Derecho de abandono.
 - d—Concepto de "servir de la pared divisoria" (artículo 2720). Jurisprudencia.

- 5.— Obligaciones y cargas de la medianería:
 - a.— Análisis del artículo 2722.
 - b.— Derecho de abandono.
- 6.— Derecho de los medianeros:
 - a.— Especialmente análisis de los artículos 2730 y 2731.
- 7.— Derecho de adquirir la medianería:
 - a.— Análisis del artículo 2736. Jurisprudencia.
 - b.— Supuesto de haber hecho abandono antes de la medianería.
- 8.— Efectos de la adquisición de la medianería.
- 9.— Del enclavamiento y la medianería en la campaña:
 - a.— Los códigos rurales y el Código civil.
 - b.— Normas especiales del Código civil.
 - c.— Remisión a disposiciones anteriores.
- 10.— Condominio de árboles en cercos o sanjas:
 - a.— Análisis del artículo 2744.

II.—

- A.— Crítica de la metodología del Código.
- B.— Naturaleza jurídica de la división.
- C.— Derechos de los condóminos:
 - 1.— Caso especial de que fuera neciva.
- D.— Remisión a las sucesiones: neciones.

BOLILLA 20

CONDOMINIO CON INDIVISION FORZOSA

I.— Condominio por confusión de límites:

- A.— Derecho romano:
 - 1.— Nociones.
 - 2.— Naturaleza jurídica. La cuestión en nuestro derecho.
- B.— El Código:
 - 1.— Condiciones requeridas.
 - 2.— Personas que pueden iniciar la acción.
 - 3.— Personas contra quienes se pueda dirigir la acción.
 - 4.— Destino judicial y extrajudicial:
 - a.— Prueba.
 - b.— Caso especial de prueba dudosa: facultades del Jura.
 - c.— Efectos.
 - d.— Gastos.
- C.— Los códigos de procedimiento y en especial:
 - 1.— Capital Federal.
 - 2.— Provincia de Buenos Aires.
- D.— Crítica de Biblenti. Análisis de la nota al capítulo: "De la demarcación de los inmuebles".

II.— Bien de familia:

Remisión a la bolilla 25.

III.— Indivisión resultante de convenión o testamento:

- A — Análisis de las distintas situaciones previstas en el Código.
- B — Ley 14.394 (apartado VI):
 - 1 — Distintas situaciones y plazos previstos.

BOLILLA 21

PROPIEDAD HORIZONTAL

- I — Concepto de propiedad horizontal.
- II — Antecedentes históricos.
- III — El Código civil y la propiedad horizontal.
- IV — Ley 13.312:

A — Introducción a su estudio:

- 1 — Ventajas e inconvenientes del sistema.
- 2 — Proyectos anteriores.
- 3 — Fuentes de la ley.
- 4 — Terminología.
- 5 — Naturales jurídicas:
 - a — Admisión a otros derechos reales.
 - b — Derecho autónomo.

B — Objeto del derecho:

- 1 — El edificio.
- 2 — Las cosas o partes comunes.
- 3 — Las cosas o partes privativas.

C — Constitución y funcionamiento del sistema:

- 1 — Formalidades: reglamento de copropiedad y administración:
 - a — ¿Cuándo puede redactarse el reglamento?
 - b — Modificación del reglamento.
 - c — Contenido obligatorio del reglamento.
 - d — Existencia de otros cláusulas.
- 2 — El consorcio de propietarios:
 - a — Naturales jurídicas.
- 3 — El administrador representante.
- 4 — La asamblea de propietarios:
 - a — Concepto y funciones.
 - b — Quórum y mayorías requeridos.
- 5 — Derechos y obligaciones de los propietarios:
 - a — Sobre las partes comunes.
 - b — Sobre las partes privativas.
 - c — Derechos de abandono.
 - d — Cargas reales y privilegio establecido.
- 6 — Extinción:
 - a — Diveros casos.
 - b — Mayorías necesarias y derechos de la minoría.

D — Decretos reglamentarios:

- 1 — Reglamentación de la ley.
- 2 — Decreto sobre agio y especulación (Decreto 4870/59):
 - a — Diveros supuestos contemplados.

- b—Aspecto constitucional.
- 3 — Otros decretos reglamentarios.

BOLILLA 32

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LAS SERVIDUMBRES

- I — Las servidumbres en el Derecho romano:
 - A — Las servidumbres reales.
 - B — Las servidumbres personales.
 - C — Las servidumbres *in faciendo* y el "in faciendo".
 - D — Metodología vacilante del Corpus Iuris.
- II — Las servidumbres en la Edad media:
 - A — Breves observaciones históricas.
 - B — El "in faciendo".
- III — Las servidumbres en el Derecho francés. Naciones.
- IV — Las servidumbres en el Edozo:
 - A — Servidumbres activas:
 - 1 — Reales.
 - 2 — Personales.
 - B — Servidumbres no activas.
- V — El Código:
 - A — Fuentes.
 - B — Metodología: crítica.
 - C — Clasificación de las servidumbres:
 - 1 — Activas y no activas: concepto.
 - 2 — Personales y reales: concepto.
 - D — Servidumbres "non faciendo" o "in petendo":
 - 1 — Discusión sobre la existencia de servidumbres "in faciendo".
- VI — El Anteproyecto y el Proyecto:
 - A — Metodología.
 - B — Modificaciones importantes.
 - C — Crítica.

BOLILLA 33

USUFRUCTO

- I — Concepto, definición y caracteres:
 - A — Análisis del artículo 1807 y nota:
 - 1 — Derecho real.
 - 2 — Uso y goce. *Solva secum substantia*.
 - 3 — Propiedad ajena.
- II — Casos de usufructo:
 - A — Nacimiento circunstancial en Roma: breves reseña histórica.
 - B — Definición y caracteres:
 - 1 — Objeto del usufructo.
 - 2 — Desaparición del *solva secum substantia*.
 - 3 — ¿Es un derecho real sobre la cosa propia o ajena?

- C — Clasificación:
 - 1 — Cosas consumibles e fungibles.
 - 2 — Créditos.
 - 3 — Patrimonio.

III — Usufructo:

- A — Constitución: diversos medios.
 - 1 — Por contrato.
 - 2 — Por acta de última voluntad.
 - 3 — Casos que la ley designa:
 - a — De los pedes. *Naturales jurídica.*
 - b — Del cónyuge viudo. *Naturales jurídica.*
 - 4 — Por prescripción.
 - 5 — Capacidad y formalidades.
- B — Modalidades.
- C — Duración del usufructo.
- D — Obligaciones del usufructuario antes de entrar en el uso y goce de la cosa:
 - 1 — Crítica al título.
 - 2 — Inventario.
 - 3 — Fianza.

BOLILLA 84

USUFRUCTO

I — Derechos del usufructuario:

- A — Normas generales (artículo 3862).
- B — En orden a los frutos:
 - 1 — Clasificación de los frutos.
 - 2 — ¿Qué frutos corresponden al usufructuario?
- C — Productos y situaciones especiales:
 - 1 — Situación especial del cuasiusufructuario.
 - 2 — Canteras y minas.
 - 3 — Accesorios y albará.
 - 4 — Tesoro.
 - 5 — Usufructo universal.
 - 6 — Cosas que se gastan y deterioran con el tiempo.
 - 7 — Usufructo de un monte.
 - 8 — Usufructo sobre créditos o rentas.
- D — Derechos jurídicos del usufructuario.

II — Obligaciones del usufructuario:

- A — Uso contrario a destino.
- B — Reparaciones y mejoras.
- C — Impuestos, contribuciones y cargas.
- D — Usufructo de animales.
- E — Usufructo de créditos.
- F — Caso especial del usufructuario a título gratuito.

III—De las obligaciones y derechos del nudo propietario:

- A.—Concepto del término "obligación".
- B.—Obligación de entregar la cosa:
 - 1.—Diferencia con las obligaciones del locador.
- D.—Obligación de no cambiar el estado de la cosa.
- D.—Obligación de garantía:
 - 1.—A título oneroso.
 - 2.—A título gratuito.
- E.—Actos jurídicos que puede realizar.
- F.—Actos materiales que puede realizar: límites.

BOLETA 25

EXTINCION DEL USUFRUCTO, USO Y HABITACION

I—Extinción del usufructo:

- A.—Enumeración de las distintas causas:
 - 1.—Causas generales de la extinción de los derechos reales.
Crítica.
 - 2.—Revocación directa.
 - 3.—Revocación demandada por los acreedores del nudo propietario.
 - 4.—Resolución de los derechos del constituyente.
 - 5.—Muerte del usufructuario.
 - 6.—Caso de las personas jurídicas.
 - 7.—Expiración del término. Casos especiales.
 - 8.—No uso del usufructo y caso de prescripción. Concepto y diferencia.
 - 9.—Cumplimiento de la condición resolutoria.
 - 10.—Consolidación.
 - 11.—Empeñación o remanencia del usufructo.
 - 12.—Pérdida o destrucción de la cosa.
- B.—Efectos de la extinción.

II—Uso y habitación:

- A.—El uso y la habitación en el Derecho romano:
 - 1.—Concepto.
 - 2.—Diferencias fundamentales con el régimen del Código.
- B.—El uso y la habitación en los códigos contemporáneos.
- C.—Uso:
 - 1.—Concepto y diferencia con el usufructo.
 - 2.—Objeto.
 - 3.—Constitución.
 - 4.—Normas aplicables.
 - 5.—Concepto de familia.
 - 6.—Cesión y locación.
 - 7.—Derechos de los acreedores.
- D.—Derecho de habitación:
 - 1.—Normas especiales.

E—Posibilidad de suprimir como derechos autónomos al uso y la habitación.

BOLILLA 26

DE LAS SERVIDUMBRES ACTIVAS

I—Concepto general y definición:

A—Clasificación.

- 1—Personales: concepto.
- 2—Reales: concepto.
- 3—Análisis de las notas a los artículos 2970, 2971 y 2973.
- 4—Concepto de servidumbres activas.

II—Servidumbres reales:

A—Clasificación:

- 1—Continuas y discontinuas. Análisis de la nota al artículo 2975.
- 2—Aparentes y no aparentes.
- 3—Afirmativas y negativas.

B—Extensión de esta clasificación a las servidumbres personales activas.

C—¿Cómo se establecen y adquieren?

- 1—Por contrato.
- 2—Por disposición de última voluntad.
- 3—Por destino de padre de familia:
 - a—Examen de los artículos 2994 y 2995.
 - b—Fuentes y diversas teorías.
- 4—Por la ley: nociones.
Por prescripción.

D—Personas que pueden establecer servidumbres.

E—Personas que pueden adquirir servidumbres.

F—Modalidades.

G—Indivisibilidad.

BOLILLA 27

DE LAS SERVIDUMBRES ACTIVAS

I—De los derechos del propietario del predio dominante:

A—Nociones generales:

- 1—Análisis de los artículos 3018 y 3019.

B—Extensión del ejercicio de las servidumbres.

C—División de la heredad dominante y/o sirviente: efectos.

II—De las obligaciones y derechos del propietario de la heredad sirviente:

A—Análisis especial de los artículos 3043 y 3023:

- 1—La cuestión en el Derecho romano.
- 2—La cuestión en el Derecho francés.
- 3—La solución del Estatus.
- 3—La cuestión en nuestro código.

III—De la extinción de las servidumbres:

A—Enumeración y examen de los casos comunes a la extinción de toda clase de derechos:

- 1—Resolución del derecho del constituyente,
- 2—Venimiento del plazo,
- 3—Cumplimiento de la condición resolutoria,
- 4—Renuncia.

B—Casos propios:

- 1—Imposibilidad de uso de la servidumbre:
 - a—Casos en que la servidumbre revive,
- 2—Confusión:
 - a—Casos especiales,
- 3—No uso:
 - a—Análisis del artículo 3659 y nota,
 - b—Caso de condominio,
 - c—Uso incompleto o restringido,
 - d—Uso según título: análisis de la nota al artículo 3665,
 - e—Ejercicio de la servidumbre por un lugar diferente al asignado: efectos.

BOLILLA 38

DE LAS SERVIDUMBRES EN PARTICULAR

I—Fuentes del Código:

- A—Derecho romano: nociones.
- B—Código civil francés.
- C—Esbozo.

II—De las servidumbres de tránsito:

- A—Concepto y división.
- B—Características del fundo dominante y del sirviente.
- C—Fondos colindantes.
- D—Precio de la servidumbre.

III—De la servidumbre de acueducto:

- A—Concepto y división.
- B—Características del fundo dominante y del sirviente.
- C—Fondos colindantes.
- D—Precio de la servidumbre:
 - 1—Análisis del artículo 3645.

IV—De la servidumbre de recibir aguas de los predios ajenos:

- A—Concepto, clasificación y división.
- B—Diferencia con las restricciones y límites del dominio.
- C—Características del fundo dominante y del sirviente.
- D—Fondos colindantes de esta servidumbre.

V—De la servidumbre de sacar aguas:

- A—Concepto y división.
- B—Facultades del poseedor del fundo dominante y del fundo sirviente.

BOLILLA 39

GARANTIAS PERSONALES Y REALES. HIPOTECA

I — Garantías personales y reales:

- A — Concepto.
- B — Desempeñamiento histórico.
- C — Similitudes y diferencias.
- D — Transcendencia económica.
- E — Legislación comparada actual: nociones.
- F — Los privilegios, el derecho de retención y los derechos reales.

II — Hipoteca:

- A — Nociones y antecedentes históricos, especialmente:
 - 1 — Derecho romano: nota artículo 3108.
 - 2 — Derecho español: nota artículo 3108.
 - 3 — Derecho francés.
- B — La hipoteca en los códigos contemporáneos, especialmente: hipoteca del propietario y otros institutos análogos.
- C — Código civil:
 - 1 — Definición:
 - a — Análisis de los artículos 3108 y 3121.
 - 2 — Caracteres esenciales:
 - a — Carácter real: discusión.
 - b — Carácter accesorio.
 - c — Carácter convencional:
 - a — Análisis de la nota al artículo 3115.
 - 3 — Carácter indivisible:
 - a — Análisis del artículo 3112:
 - a — Examen de la nota.
 - b — Indivisibilidad en cuanto al objeto.
 - c — Indivisibilidad en cuanto al crédito.
 - b — Vacilaciones de la jurisprudencia antes de la sanción de la ley 11.725.
- D — Ley 11.725:
 - a — Artículos del Código civil que expresamente modifica.
 - b — Análisis y alcance de las modificaciones.
 - c — Crítica de la ley.

BOLILLA 40

HIPOTECA

I — Especialidad de la hipoteca:

- A — En cuanto al objeto: nociones.
- B — En cuanto al crédito: nociones.

II — Objeto de la hipoteca:

- A — Análisis del artículo 3110:
 - 1 — Inmueble.
 - 2 — Accesorias.

- 3 — Mejoras.
- 4 — Construcciones.
- 5 — Extinción de cargas y servidumbres.
- 6 — Alquileres.
- 7 — Indemnización.
- 8 — Adquisición de un inmueble contiguo:
 - a — Criterio adoptado.
 - b — Fección de Bóllari; análisis del artículo 3158 y nota del Anteproyecto.
- B — Análisis del artículo 3159:
 - 1 — Examen de la nota.
- III — Créditos que garantizan:
 - A — Obligaciones de dar, hacer y no hacer:
 - 1 — Requisitos necesarios.
 - B — Modalidades.
 - C — Caso especial de las obligaciones naturales.
 - D — Alzance de la garantía hipotecaria.
- IV — Constitución:
 - A — Contrato hipotecario:
 - 1 — Caracteres.
 - 2 — Requisitos exigidos en el acto constitutivo.
 - 3 — Formalidades:
 - a — Promesa de hipoteca.
 - 4 — Hipoteca constituida en el extranjero.
 - B — Condiciones de fondo:
 - 1 — Propiedad de la cosa hipotecada:
 - a — Caso especial de la hipoteca dada por un tercero sin obligación personalmente.
 - 2 — Hipoteca constituida por un condómino.
 - 3 — Hipoteca sobre un inmueble ajeno.
 - C — Del registro de la hipoteca: nociones.

BOLILLA 41

HIPOTECA

- I — Efectos de la hipoteca respecto de terceros y del crédito:
 - A — Momento desde que surte efectos la hipoteca:
 - 1 — Análisis especial de los artículos 3149 y 3155, inciso 1^o.
 - B — Términos para inscribir la hipoteca.
 - C — Extinción de la hipoteca por el hecho tiempo: nociones.
- II — Relaciones que la hipoteca establece entre deudor y acreedor:
 - A — Resultados que conserva el propietario y restricciones:
 - 1 — Examen del artículo 3157 y nota.
 - 2 — Caso especial de que el crédito sea a término o subordinado a condición.
- III — Relaciones que la hipoteca establece entre los acreedores hipotecarios y los terceros poseedores propietarios:

- A — Adquirente responsable personal (tercer adquirente) y adquirente responsable por la cosa (tercer poseedor):
 - 1 — Variación terminológica.
 - 2 — Similitudes y diferencias.
- B — Ejecución contra el tercer poseedor:
 - 1 — Características del juicio.
 - 2 — Soluciones por las que puede optar el demandado.
 - 3 — Dilemas de que se puede valer.
- IV — Conservación de la expropiación seguida contra el tercer poseedor.
- V — De la extinción de la hipoteca:
 - A — Diferentes supuestos contemplados.
 - B — Extinción por el transcurso del tiempo. Jurisprudencia.
- VI — De la cancelación de la hipoteca:
 - A — Supuestos contemplados.
 - B — Caso especial de pagador hipotecario.

BOLILLA 42

HIPOTECAS ESPECIALES. PRENDA

- I — Hipoteca del Banco Hipotecario Nacional:
 - A — Análisis del decreto ley 13.128/57.
 - B — Similitudes y diferencias principales con el régimen del Código civil.
 - C — Aspecto constitucional.
- II — Hipoteca naval: nociones.
- III — Hipoteca aeronáutica: nociones.
- IV — Hipoteca de minas: nociones.
- V — Ley de deudas: nociones.
- VI — Prenda:
 - A — Contrato de prenda y derecho real de prenda:
 - 1 — Metodología.
 - 2 — Concepto.
 - 3 — Caracteres del contrato.
 - B — Derecho real:
 - 1 — Definición y caracteres.
 - 2 — El objeto de la prenda.
 - 3 — Derechos y obligaciones del acreedor:
 - a — Análisis especial del *ius parascendi* y del *ius preferendi*.
 - 4 — Derecho de venta.
 - 5 — Pactos prohibidos.
 - 6 — Extinción de la prenda:
 - a — Extinción de la obligación principal.
 - b — Extinción directa.
- VII — Prenda tácita:
 - A — Concepto.
 - B — Requisitos exigibles.

C—Derechos y obligaciones con el acreedor: diferencia con la prenda común.

BOLILLA 43

PRENDA CON REGISTRO. ANTICRESIS

I—Notiones sobre la ley 9644:

A—Especialmente, objeto de la prenda. Jurisprudencia.

II—Prenda con registro (Ley 12562):

A—Concepto y caracteres.

B—Personas que pueden ser acreedores.

C—El objeto de la prenda:

1—Prenda fija.

2—Prenda flotante.

D—Notiones sobre las normas de carácter procesal.

E—Notiones sobre las normas de carácter penal.

F—Alzame del privilegio.

III—Anticresis:

A—Contrato de anticresis y derecho real de anticresis:

1—Metodología.

2—Concepto.

3—Caracteres del contrato.

B—Derecho real:

1—Definición y caracteres.

2—Naturaleza jurídica:

a—Análisis de la nota al artículo 3239.

3—Derechos y obligaciones eventuales del acreedor.

4—Factos prohibidos.

C—Anticresis tícita:

1—Condiciones requeridas.

BOLILLA 44

ACCIONES REALES

I—Concepto de acción.

II—División de las acciones:

A—Concepto de acción personal.

B—Concepto de acción real.

C—Concepto de acción mixta.

D—Análisis de la nota al título IV.

III—Fuentes del Código:

A—Fuentes del Código:

B—Etoro.

C—Pothier.

D—Aubry et Rau.

IV—Metodología: crítica.

V—Ambito de aplicación de las acciones reales:

- A.—Necesidad de armonizar las tres acciones.
- B.—Fuentes especiales:
 - 1.—Derecho romano.
 - 2.—Estatuto.
 - 3.—Potbier:
 - Problemas que originan estas diversas fuentes.
- C.—Ambito de la acción confesoria.
- D.—Ambito de la acción negatoria:
 - 1.—Análisis de la nota, al artículo 3700.
- E.—Ambito de la acción reivindicatoria:
 - 1.—Análisis especial de los siguientes artículos:
 - a.—Artículo 2758. La influencia de Potbier.
 - b.—Artículo 3773. La influencia de Freitas.

VI.—Análisis crítico de la jurisprudencia.

VII.—Criterio de Bibiloni y Proyecto de la Comisión.

BOLILLA 45

ACCION REIVINDICATORIA

CASOS ESPECIALES Y PERSONAS CONTRA QUIENES SE DIRIGE

- I.—Comprovar a quien no se hizo tradición:
 - A.—La posesión de la cosa en poder del vendedor. Jurisprudencia.
 - B.—La cosa en poder de un tercero. Jurisprudencia.
- II.—Caso del heredero y del legatario.
- III.—Reivindicación por el condómino:
 - A.—Reivindicación entre condóminos.
 - B.—Reivindicación contra terceros:
 - 1.—Amplitud de la acción reivindicatoria:
 - a.—Concepción restringida. Jurisprudencia.
 - b.—Concepción amplia. Jurisprudencia.
 - C.—Posición de Savigny y Windscheid relacionada con los efectos de la acción.
- IV.—Personas contra quienes se dirige:
 - A.—Regla general: poseedor:
 - 1.—Análisis del artículo 3756 y artículo 3773.
 - B.—Reivindicación contra el tenedor:
 - 1.—Notiones del "una cosa" de la Instituta.
 - 2.—Ambito de la nota, al artículo 3756.
 - C.—Acción dirigida contra el detentador.
 - D.—Otras cuestiones:
 - 1.—Demandado que niega ser poseedor.
 - 2.—Poseedor ficto:
 - a.—Análisis del artículo 3764 y 3765 y nota.
 - 3.—Heredero del poseedor:
 - a.—Crítica de esta disposición.

BOLILLA 46

OBJETO Y ALCANCE DE LA ACCION REIVINDICATORIA

I— Objeto de la acción:

A— Análisis del artículo 2150:

- 1— Concepto de "cosas particulares".
- 2— Extensión de cosa.
- 3— Universalidad de bienes y universalidad de cosas.
- 4— Título de crédito.

B— Bienes no reivindicables.

C— Resemplazo por acciones personales.

II— Alcance de la acción reivindicatoria (inmuebles):

A— Adquirente a título oneroso:

1— Análisis del artículo 3270:

- a— Fuentes.
- b— Alcance de la disposición.

2— Análisis del artículo 3774:

- a— Fuente.
- b— Interpretación "a contrario sensu".

3— Divergencia doctrinaria y jurisprudencial.

4— Posibilidad de armonizar ambas disposiciones.

5— Casos particularmente contemplados:

- a— Dación en pago por error.
- b— Año malo y anulado:
 - 1— Reivindicación contra el adquirente.
 - 2— Reivindicación contra tercero.
- c— Contrato de permuta (artículos 1487 y 3150).
- d— Caso del esclavo por indigno:
 - 1— Artículo 3509 y nota.
- e— Heredero agnato:
 - 1— Análisis del artículo 1430.
 - 2— Nota al artículo 3430 y comparación con la nota al artículo 787.
- f— Otros supuestos.

BOLILLA 47

JUICIO DE REIVINDICACION

I— Medidas de seguridad:

A— Muebles.

B— Inmuebles.

C— Medidas especiales previstas por la Ley Orgánica para los tribunales de la Capital.

II— Prueba:

A— La concepción de Pothier.

B— Extremos que debe justificar el actor.

C— Título presentado solamente por el actor.

- 1—Título de fecha posterior a la posesión del demandado.
- 2—Título de fecha anterior a la posesión del demandado.
- 3—Jurisprudencia.
- D—Títulos emanados de una misma persona:
 - 1—Solución del artículo 2781.
 - 2—Situación especial prevista por el artículo 594. Crítica.
- E—Títulos emanados de distintas personas:
 - 1—Análisis del artículo 2792 y nota.
- III—Sentencia:
 - A—Cosa principal.
 - B—Frutos.
 - C—Gastos y mejoras.
 - D—Destrucción o deterioro.

BOLILLA 48

DE LA PUBLICIDAD DE LOS DERECHOS REALES

- I—Concepto, fundamento e importancia de la publicidad.
- II—La publicidad en Roma:
 - A—Res mancipi y nec mancipi.
 - B—Importancia creciente de la tradición.
- III—La publicidad en el Derecho germánico.
- IV—La publicidad en el Derecho español y patris.
 - V—La publicidad en el Derecho francés.
- VI—La publicidad en el Código de Chile.
- VII—La publicidad en el Ebeco.
- VIII—Los registros:
 - A—Registros personales.
 - B—Registros reales:
 - 1—Sistema alemán.
 - 2—Sistema Torrens.

BOLILLA 49

LA PUBLICIDAD EN EL CODIGO

- I—La concepción de Vilas Sarsfield:
 - A—Análisis crítico de las notas al artículo 577 y al capítulo "De la cancelación de las hipotecas".
- II—Medios de publicidad admitidos en el Código:
 - A—Instrumentos privados y públicos.
 - B—Tradicición y caso especial de las servidumbres activas.
- III—Publicidad de la hipoteca:
 - A—Inscripción: requisitos:
 - 1—Personas que pueden solicitar la inscripción.
 - 2—Efectos de la inscripción.
 - B—Plazo de inscripción:

- 1 — Efecto retroactivo:
 - a — Divercias supuestas a contemplar.
 - b — Análisis crítico del artículo 3136.
- 2 — Hipoteca registrada fuera de término; efectos.
- 3 — Hipoteca constituida en el extranjero.
- C — Término de la inscripción:
 - 1 — Discusión doctrinaria y verificación jurisprudencial. Solución actual.
 - 2 — Análisis crítico.
- D — Responsabilidad. Jurisprudencia.
- IV — Nociones sobre publicidad en:
 - A — Régimen del Banco Hipotecario Nacional.
 - B — Hipoteca naval.
 - C — Hipoteca secundaria.

BOLILLA 30

LEYES LOCALES QUE ORGANIZAN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

- I — Nociones generales.
- II — Problema constitucional que origina estos registros:
 - A — La cuestión en la doctrina.
 - B — Jurisprudencia de la Corte Suprema y de otros tribunales.
- III — Registro de la propiedad para la Capital (Ley 1893):
 - A — Alcance de aplicación.
 - B — Títulos que deben inscribirse.
 - C — Forma y efectos de la inscripción:
 - 1 — Persona que puede solicitar la inscripción.
 - 2 — Circunstancias de las que deben dejarse constancia.
 - 3 — Obligación del escribano.
 - 4 — Anotaciones preventivas:
 - a — Divercias supuestas. Análisis del artículo 247.
 - 5 — Extinción de la inscripción y anotaciones preventivas.
 - 6 — Publicidad del registro.
 - 7 — Nociones sobre el modo de llevar el registro.
 - 8 — Nociones sobre la dirección e inspección del registro.
- IV — Ley 14.159; nociones.
- V — La publicidad en el Anteproyecto:
 - A — Nociones sobre la nota al título XVIII "Del registro de inscripciones".
 - B — Nociones sobre el mencionado título.
- VI — Criterio adoptado por los miembros de la Comisión reformadora:
 - A — Necesidad de una ley especial.
 - B — Proyecto de "Ley sobre Registros de Inscripciones":
 - 1 — Nociones generales sobre el Proyecto.
 - 2 — Análisis detenido del título "Del Registro de Inmuebles".

BIBLIOGRAFIA: Punto por punto

BOLILLA 1

- I.—Freitas. Nota al artículo 217 del Edozo.
Allende, Guillermo: "Custiposición, su inexistencia en el Código civil", especialmente "El objeto de los derechos patrimoniales", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 1938, II.
- II.—Galiano, José: "De las cosas, la posesión y acciones posesorias" (1923).
- III.—Basso, Eduardo B.: "Código Civil anotado", tomo III, comentario a los artículos 495 y 496.
- IV.—Gorostiaga, Norberto: "El Código Civil y su reforma ante el Derecho Civil comparado", tomo II, parte primera, pág. 298 y sig.

BOLILLA 2

- I.—Rigaud, Luis: "El Derecho real".
- II.—Gorostiaga. Cita anterior.
Bonfante, Pedro: "Instituciones de Derecho romano", pág. 334 y sig.
- III.—Rigaud. Cita anterior.
Freitas: "Consolidación": Introducción.
- IV.—Rigaud. Cita anterior.
Freitas. Cita anterior.
Gorostiaga. Cita anterior.
- V.—Gorostiaga. Cita anterior.
- VI.—Freitas. Cita anterior.

BOLILLA 3

- I.—Machado, J. O.: "Exposición y comentario del Código Civil argentino", tomo VI, pág. 472 y sig. y tomo VII, pág. 12 y sig.
- II.—Machado. Cita anterior.
- III.—Lafaille, Héctor: "Tratado de los Derechos reales", tomo I, pág. 23 y sig.
Allende: "La defensa de la posesión y la tenencia en nuestro Código civil y en los códigos contemporáneos", en *La Ley* del 18 de agosto de 1930.
- IV.—Alcina, Atienza, Delmaro: en *J. A.* del 28/3, 7/4, 7/5, 3/6 y 25/7 del 60.
- V.—Machado. Cita anterior del tomo VI.
- VI.—Machado. Cita anterior.
Sagovia: "Código Civil", nota al artículo 2307.

BOLILLA 4

- I.—Servigny: "La Posesión". Especialmente, Sec. 1^a. Noción de la posesión y Elementos materiales de la posesión.
Allende: "La Posesión". Título primero: Elementos de la posesión.
- II.—Machado. Tomo VI, pág. 232 y sig.
Allende. Cita anterior y especialmente el subtítulo: "El artículo 2375 de nuestro Código civil".
- III.—Legón, Fernando: "Derechos reales". El objeto de la posesión, tomo III, pág. 35 y sig.
Allende: "Custiposición, su inexistencia en el Código civil", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1938, II.

- IV—Ibering: "La voluntad en la posesión", capítulo III: "Distinción entre la relación posesoria y la mera relación de lugar".
Allende: "La Posesión". Crítica infundada de Ibering, pág. 30 y sig.
- V—Boulatou. Pág. 361 y sig.
Allende: "La Posesión", título III: "La posesión en los códigos modernos y en los proyectos argentinos", pág. 105 y sig.
- VI—Legón. Tomo III, pág. 113 y sig.
Jurisprudencia. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en La Ley, 53-101. Cámara civil 2ª, en J. A., 42-1146.

BOLILLA 6

- I—Molitor: "La Posesión", pág. 1 y sig.
Dasson, Julio: "Introducción al estudio de la posesión en el Derecho argentino", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1939, II.
Hedemann, J. W.: "Tratado de Derecho Civil-Derechos reales", pág. 7 y sig.
- II—Nota de Vélez al artículo 2470.
Savigny. Ob. cit., pág. 29 y sig.
D'Avanzo, Walter: "El Posesor", pág. 263 y sig.

BOLILLA 8

- I—Legón. Ob. cit. "Clasificación de la relación posesoria", tomo III, pág. 277 y sig.
- II—Molitor. Ob. cit., pág. 39 y sig.
- III—Legón. Cita anterior.

BOLILLA 7

- I—Legón. Tomo III, pág. 139 y sig.
Sarría, Enrique J.: "El constituto posesorio", en Cuadernos de los Institutos (Universidad Nacional de Córdoba).
Allende: "La Posesión", pág. 25 y sig.
- II—Legón. Tomo III, pág. 99 y sig.
- III—Legón. Tomo III, pág. 92 y sig.
- IV—Mazzoni, Francisco: Derecho Civil y Comercial, tomo III, pág. 220 y sig.

BOLILLA 8

- I—Savigny. Ob. cit., pág. 299 y sig.
- II—Legón. Ob. cit., tomo III, pág. 223 y sig.
- III—Guliano, J.: "De las cosas, la posesión", título XIII: De la simple tenencia de las cosas, pág. 125 y sig.
Allende: "La defensa de la posesión y la tenencia en nuestro Código civil", en La Ley del 16 de agosto de 1963.

BOLILLA 9

- I—Windscheid: Diritto delle Pandette (traducción de Faldá y Denis), tomo I, pág. 307 y sig.

- II—Bilioni. Nota al título II del libro III (es el título que comienza con el artículo 2298).

BOLILLA 10

- I—Bouffaro. Ob. cit., pág. 346.
II—Lahr, Erasmo: "Tratado de derecho civil germánico", traducción de Alcide Prieto, pág. 71 y sig.
III—Cita anterior.
IV—Alfaro Alfenas, Celso: "El principio de la buena fe", tomo II, pág. 98 y sig.
V—Alfaro Alfenas. Cita anterior, pág. 123 y sig.

BOLILLA 11

- I—Molitor. Pág. 111 y sig.
II—Bouffaro. Pág. 369 y sig.
Windscheid. Tomo I, pág. 555 y sig.
III—Alfaro: "La Posesión", subtítulo: Las defensas posesorias en la Edad media, pág. 46 y sig.
IV—Molitor. Pág. 79 y sig.
V—Alvarez, José María: "Instituciones de Derecho real de España" (1834), pág. 579 y sig.
VI—Alfaro: "La Posesión", subtítulo: Estructura del Ebcno, pág. 61 y sig.

BOLILLA 12

- I—Lafaille. Ob. cit., tomo I, pág. 286 y sig.
Soler, Sebastián: "Derecho penal argentino", tomo IV, pág. 481 y sig.
II—Legón. Tomo IV, pág. 63 y sig.
Parigrotales. Cóm. Neo. Cr. "D", La Ley, 74, 167.
Soler. Ob. cit., tomo I, pág. 294.
III—Legón. Tomo IV, pág. 109 y sig.
Heckmann, J. "Tratado de Derecho civil, derechos reales", pág. 66 y sig.

BOLILLA 13

- I—Lafaille. Tomo I, pág. 289 y sig.
II—Alfaro: "La Posesión", subtítulo: "Panorama de las fuentes", pág. 27 y sig.
E—Legón. Tomo IV, pág. 115 y sig.
Alfaro. Ob. cit., pág. 78 y sig.
IV—Legón. Tomo IV, pág. 107 y sig.
Alfaro: "Doctrina de la posesión y tenencia en el Código civil", en La Ley del 16 de agosto de 1950.
V—Legón. Tomo IV, pág. 147 y sig.
Alfaro: "La Posesión", pág. 78 y sig.

BOLILLA 14

- I—Molitor. Pág. 28 y 29 y 223 y sig.
II—Cita anterior.
Allende: "La Posesión", pág. 143 y sig.
III—Molitor. Cita anterior.
Allende. Cita anterior.
IV—Molitor. Cita anterior.
Allende. Cita anterior.
Echiluzi. Nota a los artículos 2335 a 2337.
V—Allende: "La Posesión", pág. 64 y sig.
VI—Legón. Tomo III, pág. 113, y tomo IV, pág. 168 y sig.
VII—Molitor. Pág. 224 y sig.

BOLILLA 15

- I—Molitor. Pág. 123 y sig.
Sales. Tomo IV, pág. 481 y sig.
Jurisprudencia. Corte Suprema Nacional, en Fallos, 193-372. El mismo tribunal, en La Ley, 28, 535.
II—Pomales, Salvador: "Cuenciones de Derecho civil", especialmente "Acción de despojo", pág. 7 a 22.
Dauert: "Acción posesoria de reconvocar", La ley 32, 876.
Legón. Tomo IV, pág. 213 y sig.
Allende: "La Posesión", pág. 52 y sig.
Jurisprudencia: Corte Suprema Nacional, Fallos, 15, 274.

BOLILLA 16

- I—Saravia, Enrique: "El sentido de las acciones posesorias en el Código civil".
Jurisprudencia: Corte Suprema Nacional, en Fallos, 15, pág. 274.
II—Allende: "La Posesión", pág. 53 y sig.
III—Allende. Cita anterior.
Jurisprudencia. Fallo anterior.
IV—Legón. Tomo IV, pág. 247 y sig.
Allende: "La Posesión", pág. 78 y sig. y 90 y sig.
Jurisprudencia. Fallo anterior.
Cón. Nac., Civ., La Ley, 74, 365.
V—Lafaille. Tomo I, pág. 132 y sig.
Segoria. Nota al artículo 2495.
VI—Legón. Tomo IV, pág. 219 y sig.
Segoria. Comentario al artículo 2500 y 2501.
VII—Legón. Tomo IV, pág. 201 y 217 y sig.
Jurisprudencia: Cón. Civ. 2°, La Ley, 8, 894.
Suprema Corte de Tucumán, La Ley, 37, 439.
Corte Suprema Nacional, J. A., 56, 12.
VIII—Legón. Tomo IV, pág. 251 y sig. y especialmente 363.
Allende: "La Posesión", subtítulo: "Los códigos procesales intérpretes de nuestro Código civil", pág. 171 y sig.

BOLILLA 17

- I.—Legón. Tomo IV, pág. 291 y sig.
Allende: "La Posesión", subtítulo: Código de procedimientos en la Cap. y de la Pein. de Buenos Aires, pág. 173 y sig.
- II.—Legón. Cita anterior.
Dauzet: Acción posesoria de recobrar, en La Ley, 82, 876.
Allende. Cita anterior.
- III.—Legón. Cita anterior.
Allende. Cita anterior y especialmente subtítulo: Interdicto de retener, pág. 177.
- IV.—Legón. Cita anterior.
Allende. Cita anterior y especialmente: Interdicto de recobrar, pág. 177.
- V.—Legón. Cita anterior.
Allende. Cita anterior y especialmente subtítulo: Interdicto de obra nueva, pág. 177.
- VI.—Legón. Tomo IV, subtítulo: "Del interdicto de adquirir", pág. 303 y sig.
Allende. Cita anterior y especialmente subtítulo: "Del interdicto de adquirir", pág. 177 y sig.

BOLILLA 18

- I.—Hedeman. Ob. cit., pág. 51 y sig.
Allende: "La Posesión", subtítulo: "Código alemán y otros códigos", pág. 167 y sig.
Allende: "La defensa de la posesión y la tenencia en nuestro Código civil y en los códigos contemporáneos", en La Ley del 18 de agosto de 1940.
- II.—Wieland: "Les droits réels dans le Code suisse", tomo II, pág. 346 y sig.
Allende: "La Posesión", subtítulo: Código suizo, pág. 126 y sig.
- III.—Mazzoni. Obra citada, tomo III, pág. 201 y sig.
Allende: "La Posesión", subtítulo: Código italiano, pág. 131 y sig.
- IV.—Allende: "La Posesión", subtítulo: "Anteproyecto de Eiblan", pág. 153 y sig.
- V.—Allende: "La Posesión", subtítulo: "Proyecto de la Comisión", pág. 148 y sig.

BOLILLA 19

- I.—Baudant: "Droit romain" (La Propriété), pág. 190 y sig.
Fothier: "Ouvrage", tomo IX, pág. 101 y sig.
Villegas Basallana: "Derecho administrativo", tomo IV.
- II.—Cita del número anterior.
Bibiani: "Anteproyecto", nota al artículo 2383.
Lobillo. Obra citada, tomo I, pág. 383 y sig.
Jurisprudencia: Corte Suprema Nacional, en J. A., 2, 124.

BOLILLA 20

- I.—Bibiani: "Anteproyecto", nota al artículo 2383.

II—Cita anterior.

III—*Aubry et Rau*. Tomo II, pág. 151 y sig.

Bischo, Paul: "Derecho administrativo" (1921), tomo II, N° 346 y sig.

Berthelemy, H.: "Traité élémentaire de droit administratif" (1910), especialmente, pág. 308 y sig.

IV—*Aubry et Rau* (3ª ed.). Tomo II, pág. 151 y sig.

Gatti, Edmundo: "Abuso del derecho; análisis crítico de la jurisprudencia nacional", en este número de *Lecciones y Ensayos*.

Loquiá, Manuel: "Abuso del derecho y conflictos de derechos", en *Lecciones y Ensayos*, N° 7.

Allende: "Relatividad de los derechos y abuso del derecho; dos principios distintos confundidos en la doctrina", en *La Ley*, 83, 923.

V—Bonfante: "Proprietà", tomo I, pág. 218 y sig.

Biblióni. Nota al artículo 2395.

BOLILLA 21

I—Bonfante. Obra citada, tomo II, pág. 42 y sig.

II—Cita anterior, pág. 55 a 67.

III—Cita anterior, pág. 116 a 123.

IV—Cita anterior, pág. 68 a 92.

Marienhoff: "Régimen y legislación de las aguas, públicas y privadas", pág. 623 a 650.

V—Bonfante: "Instituciones", pág. 372 y sig.

Biblióni. Nota al título: "Del registro de inscripciones".

BOLILLA 22

I—Bonfante. Obra anterior, pág. 283 y sig.

Gómez, Manuel de J.: "El régimen procesal de la prescripción adquisitiva", en *La Ley*, 86, 837.

II—Marella, Augusto: "El proceso de usucapión".

III—Biblióni. Artículos 3444 a 3469 y notas.

Comisión reformadora: Exposición de motivos.

BOLILLA 23

I—Mayuz: "Cours de Droit Romain", tomo I, pág. 801 a 803.

II—Bischo: "Consideraciones sumarias sobre el carácter jurídico de la expropiación", *La Ley*, 42, 978.

Legó, Fernando: "Tratado integral de la expropiación".

Vernengo Frack, Bámulo: "Naturaleza de la expropiación".

BOLILLA 24

I—*Aubry et Rau*. Tomo II, pág. 168 y 169.

II—Bischo: "Restricciones y servidumbres", pág. 13 y sig.

Jurisprudencia: Suprema Corte Nacional, en *J. A.*, 8, 263.

- III—Aubry et Rau. Tomo II, pág. 188 y sig.
 Freitas: "Estatos", artículos 4327 y sig.
- IV—Bichu. Cita anterior, pág. 38.
 Y—Bichu. Cita anterior, pág. 46 a 51.
- VI—Lafaille. Tomo II, N.º 816 y sig.
- VII—Marxhoff. Obra citada, pág. 76 a 80 y 134 y sig.
- VIII—Comisión reformadora: Exposición de Motivos.
- IX—Marxhoff. Obra citada, pág. 70 y sig. y especialmente 75 y 76.

BOLILLA 25

- I—Cita, bolilla 26, N.º 2.
 Freitas: "Estatos", artículos 4300 y sig.
 Aubry et Rau. Tomo II, pág. 357.
- II—Días de Gujarras: "Tratado de Derecho de Familia", tomo I, pág. 120 y sig.
- III—Boudant: "La Propriété", tomo I, pág. 258.
 Jurisprudencia: Fallo Cám. Civ. en pleno, en La Ley, 37, 657, y J. A., 1942, III, 671.

BOLILLA 26

- I—Szaszowsky, Idro: "Derecho intelectual", tomo I, pág. 7 y sig.
- II—Cita anterior, tomos I y II.
- III—Di Guglielmo, Pascual: "Tratado de Derecho industrial" (dos tomos).

BOLILLA 27

- I—Boufaro: "Instituciones", pág. 301 y sig.
- II—Hedemann. Obra citada, pág. 262 a 267.
- III—Aubry et Rau. Obra citada, tomo II, pág. 360 y sig.
 Formisano, Salvador: "Condominio y propiedad hereditaria", en J. A., 1937, II, 396.
- IV—Aubry et Rau. Obra y parte citada.
 Y—Pissard, M.: "Traité de Droit Civil", tomo I, pág. 798 y sig.

BOLILLA 28

- I—Aubry et Rau. Obra citada, tomo II, pág. 360 a 368.
- II—Aubry et Rau. Cita anterior y en especial pág. 361.
- III—Cita anterior, pág. 360 a 368.
 Machado. Tomo VII, pág. 18 y sig. y 56 y sig.
- IV—Machado. Tomo VII, pág. 121 y sig.
- V—Machado. Tomo VII, pág. 110 y sig.
- VI—Machado. Última cita.
 Aubry et Rau. Tomo citada, pág. 365 y sig.

BOLILLA 28

- I—Segreia. Nota al artículo 2712 (2710 del Código).
Durréa, M.: "Tratado de medianería".
Spota, Alberto: "Tratado de medianería".
Jurisprudencia: Cám. Nac. Civ. en pleno, J. A., 1955, III, 300; Cám. de Paz Letrada en pleno, en J. A., 1951, II, 564; Cám. Nac. Civ. "C", en La Ley, 78, 126.

BOLILLA 29

- I—Fernández, Raymundo: "Código de Pro. Civil", comentario al artículo 603 y sig.
Jurisprudencia: Cám. Civ. de Mendoza, en La Ley, 8, 1187.
II—Ver bolilla 25.
III—Medinero, Alberto: "Indivisiones hereditarias y condominios forzados organizados por la ley 14384", en Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas de La Plata, tomo XVII, año 1958.

BOLILLA 31

- I—Leja, E. J.: "La propiedad horizontal en la legislación argentina", pág. 7 a 18.
Leja, Manuel A.: "Propiedad horizontal", pág. 9 a 14.
II—Leja. Obra citada, pág. 9 a 11.
Racciatti, Hernán: "Propiedad por pisos o por departamentos", pág. 3 y sig.
III—Leja. Obra y parte citada.
Leja. Obra citada, pág. 11 a 14.
IV—Leja. Obra citada.
Leja: "Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios", en Lecciones y Ensayos, año 1958, N° 3.
Racciatti. Obra citada.
Benderky, Mario: "La asamblea de propietarios en el régimen de propiedad horizontal", en La Ley del 13 de noviembre de 1958.
Jurisprudencia: Cámara de Apelaciones de Mar del Plata, en La Ley, 79, 419; Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, en La Ley, 83, 396; Cámara Nacional en lo Penal, en La Ley, 86, 25.

BOLILLA 32

- I—Biondi, Biando: "La categoría romana delle servitutes".
Allende: "Introducción al estudio de las servidumbres", en Lecciones y Ensayos, N° 2.
Allende: "Las obligaciones de hacer y las servidumbres", en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1959, IV.
II—Allende: "Introducción al estudio de las servidumbres".
Allende: "Las obligaciones de hacer y las servidumbres".
III—Aubry et Rau. Ob. cit., II, 413 y sig.
Allende: "Introducción al estudio de las servidumbres".

- IV—Allende: "Introducción al estudio de las servidumbres".
 V—Allende: "Introducción al estudio de las servidumbres".
 Allende: "Las obligaciones de hacer y las servidumbres".
 VI—Allende: "Introducción al estudio de las servidumbres".
 Allende: "Las obligaciones de hacer y las servidumbres".

BOLILLA 23

- I—Bassul, Loebvico: "I diritti reali limitati" (1947), pág. 1 a 163.
 Allende: "Clases de derechos reales", pág. 15 y sig.
 II—Allende: "Cosubstructa", en Lecciones y Ensayos, N° 6.
 III—Rábora: "Derecho de las sucesiones", tomo II, pág. 65 y sig., y también en La Ley, 24, 621.
 Fassi, Santiago: "El usufructo a favor de los padres", en Revista del Centro de Estudiantes de La Plata, octubre de 1940.
 Allende: "Clases de derechos reales", pág. 21 y sig.

BOLILLA 24

- I—Aubry et Rau. Tomo II, pág. 427 a 440.
 Allende: "Clases de Derechos reales", pág. 32 a 37.
 II—Aubry et Rau. Tomo II, pág. 441 y sig.
 Allende: "Clases de Derechos reales", pág. 32 y sig.
 III—Aubry et Rau. Tomo II, pág. 422 y sig.
 Allende. Obra anterior.

BOLILLA 25

- I—Aubry et Rau. Tomo II, pág. 455 y sig.
 Allende: "Clases de Derechos reales", pág. 36 y 37.
 II—Aubry et Rau. Tomo II, pág. 475 a 479.
 Bassul. Obra citada, pág. 182 a 185.
 Allende: "Clases de Derechos reales", pág. 38 a 40.

BOLILLA 26

- I—Biondi. Obra citada, pág. 383 a 417.
 Allende: "Introducción al estudio de las servidumbres", en Lecciones y Ensayos, N° 2.
 II—Biondi. Lugar citado.
 Allende. Lugar citado.
 II—Allende: "Las obligaciones de hacer y las servidumbres", en Revista Jurídica, 1939, IV.
 III—Molitor. Obra citada, especialmente pág. 438 a 467.
 Aubry et Rau. Tomo II, pág. 572 y sig.

BOLILLA 28

- I—Biondi. Obra citada, pág. 395 y sig.

- Aubry et Rau. Tomo II, pág. 480 y sig.
 Freitas: "Ebens", artículo 4838 y sig.
 Allende: "Clases de Derechos reales", pág. 44 y sig.
 II — Aubry et Rau. Tomo II, pág. 500 y sig.
 III — Aubry et Rau. Tomo II, pág. 491 y sig.
 IV — Aubry et Rau. Cita anterior.
 Salvat: "Derechos reales", N° 1376 a 1393.
 V — Segovia. Nota al artículo 3106 y sig.

BOLILLA 39

- I — Boufante: "Instituciones", pág. 451 y sig.

BOLILLA 37

- I — Molitor: "La Posesión et los servidones" (1868), especialmente pág. 328 a 383.
 Segovia. Notas a los artículos 3020 y 3021.
 II — Allende: "Las obligaciones de hacer y las servidones", en Revista Jurídica, 1959, IV.
 III — Molitor. Otra citada, especialmente pág. 438 a 487.
 Aubry et Rau. Tomo II, pág. 572 y sig.

BOLILLA 38

- I — Woodl. Obra citada, pág. 305 y sig.
 Aubry et Rau. Tomo II, pág. 480 y sig.
 Freitas: "Ebens", artículo 4838 y sig.
 Allende: "Clases de Derechos reales", pág. 44 y sig.
 II — Aubry et Rau, tomo II, pág. 500 y sig.
 III — Aubry et Rau, tomo II, pág. 491 y sig.
 IV — Aubry et Rau, cita anterior.
 Salvat: "Derechos reales", " 1376 a 1393.
 V — Segovia. Nota al artículo 3106 y sig.
 I — Boufante: "Instituciones", pág. 451 y sig.
 Hedemann: "Derechos reales", pág. 394 y sig.
 Molinario: "Los privilegios en el Derecho Gral Argentino".
 Prayons-Dasson: "Hipoteca", especialmente pág. 3 a 8.
 II — Cammarota, Antonio: "Tratado de Derecho Hipotecario" (1942), especialmente 35 a 94.
 Allende: "Hipoteca del propietario y otros institutos análogos", La Ley del — de octubre 1960.

BOLILLA 40

- I — Cammarota. Obra citada, pág. 168 a 176.
 II — Cammarota, pág. 95 a 111.
 Prayons: "Tratado teórico práctico de la hipoteca, la prenda y demás privilegios", pág. 374 a 384.

III—Cammarota, pág. 168 a 176 y 185 a 205.

IV—Cammarota, pág. 117 y sig.

Fernández, pág. 285 y sig.

BOLILLA 41

I—Cammarota, pág. 307 a 375 y 385 a 305.

Fernández, pág. 550 y sig.

II—Cammarota, pág. 208 a 244.

Fernández, pág. 334 y sig.

III—Cammarota. Cita I.

Fernández. Cita I.

IV—Cammarota, pág. 360 y sig.

Fernández, pág. 397 y sig.

V—Cammarota, pág. 379 y sig.

Fernández, pág. 403 y sig.

VI—Cammarota, pág. 420 a 341.

Fernández, pág. 429 y sig.

BOLILLA 42

I—Cammarota, pág. 560 a 574.

Valiente Nozillo, Luis M.: "Consideraciones sobre el nuevo régimen del Banco Hipotecario Nacional", en La Ley 10-104 a 100.

II—Fernández, pág. 451 y sig.

III—Código arrendatario (ley 14.307), artículo 51 a 55 y notas.

IV—Fernández: obra citada, pág. 276 y sig.

González, Joaquín V.: "Legislación de Minas" (1902), pág. 486 y sig.

V—Fernández: "Código de Comercio", tomo I, pág. 554 a 607.

VI—Fernández: décima cita, pág. 156 y sig.

VII—Mayuz: "Droit romain", tomo I, pág. 870.

Fernández: "Hipoteca, prenda y privilegios", pág. 119 y sig.

VIII—Fernández, cita anterior.

BOLILLA 43

I—Fernández: "Hipoteca, prenda y privilegios", tomo II, pág. 351 y sig.

II—Fernández: "La prenda con registro".

III—Aubry et Rau, tomo III, pág. 520 y sig.

Fernández: "Hipoteca prenda y privilegios", tomo I, pág. 191 y sig.

BOLILLA 44

I—Justiniano: "Instituta", libro IV, título VI.

Savigny: "Droit romain", tomo V.

II—Justiniano, cita anterior.

Mayuz, tomo I, pág. 514 y sig.

III — Justiniano, *cita anterior*.

Festuz: *Exercit*, artículo 1838 y sig.

Pothier: "Oeuvres", tomo IX.

Auby et Rau, tomo II, pág. 347 y sig.

IV — Allende: "Ámbito de aplicación de las acciones reales", en *La Ley* 83-734.

Allende: "Clases de Derechos reales", pág. 48 y sig.

V — Allende, *cita anterior*.

VI — Allende, *cita anterior*.

VII — Allende, *cita anterior*.

BOLILLA 45

I — Jurisprudencia. Cám. Civil de la Capital, plenario; en *La Ley* 92-463 y J. A. 1928-IV-438.

II — Jurisprudencia. *La anterior*.

III — Windscheid: "Diritti delle persone", I, 603 y sig.

IV — Maynz, tomo I, pág. 771 y sig. y especialmente 775.

BOLILLA 46

I — Maynz, tomo I, pág. 371 y sig.

II Lafaille: "Reales", tomo III, pág. 439 y sig.

Fernández: "Casos de Derecho Civil", título: Reivindicación contra el adquirente de buena fe, pág. 47 y sig.

Damen: "La acción reivindicatoria, sus límites", en *Lecciones y Ensayos*, N° 8.

BOLILLA 47

I — Lafaille: "Reales", III, pág. 463.

II — Pothier: "Oeuvres", tomo IX, N° 324 y sig.

Jurisprudencia: *La Ley* 72-451 y 92-463.

III — Pothier, *Obras citada*, N° 329 y sig.

BOLILLA 48

I — Proyecto de la Comisión Reformadora: "Exposición de Motivos", *Ley sobre registro de inscripciones*, título I y título III.

Alfons Arias, Dalmao A.: "El principio de la buena fe en el proyecto de reforma de 1936", tomo I, pág. 151 y sig.

II — Bouffier: "Instituciones", pág. 246 a 249 y 252 a 282.

III — Alfons Arias, *Obras y tomo citada*, pág. 135 y sig.

IV — Lafaille: "Reales", tomo III, pág. 277 y sig.

Gosio y Corral, Allende: "Instituciones de Derecho Hipotecario", pág. 60 y sig.

V — Alfons Arias, tomo I, pág. 163 y sig.

VI — Código de Chile, artículo 670 y sig. y especialmente 686 y sig.

VII — Ebers: artículo 3744 y sig. y especialmente 3808 y sig.

VIII — Alfons Arias, tomo I, pág. 149 y sig.

BOLILLA 49

- I.—Cammarota, pág. 473 y sig.
 - II.—Basso, tomo IV, comentario al artículo 577.
 - III.—Cammarota, pág. 518 y sig.
 - IV.—Cammarota, pág. 560 y sig.
- Fernández: "Hipoteca, prenda y privilegio", tomo I, pág. 451 y sig.
Código armenio, artículo 51 y sig.

BOLILLA 50

- I.—Bililioni: "Anteproyecto", Del Registro de Inscripciones, pág. 616 y sig. y especialmente 620 y sig.
Cammarota, pág. 500 y sig.
- II.—Ekelo, Rafael: "Derecho administrativo y ciencia de la administración" (1929), tomo III, pág. 129 y sig.
Luzana, Julio L.: (notas a los dos fallos que se citan a continuación).
Jurisprudencia: Corte Suprema Nacional, en J. A., tomo 52, pág. 329 y 33, pág. 332.
- III.—Cammarota, pág. 500 y sig.
- IV.—Sancionada el 29 de setiembre de 1952, en Boletín Oficial del 10 de octubre de 1952.
- V.—Bililioni: "Anteproyecto", Del Registro de Inscripciones, pág. 616 y sig.
- VI.—Proyecto de la Comisión. Ver en "Exposición de Motivos", Ley sobre Registro de Inscripciones".

LIBROS Y REVISTAS

1

En la colección de Cuadernos del C. D. y C. S., editada por Perrot, encontramos una obra de importancia muy especial bajo el título de *El acto jurídico familiar y otros estudios*, se ha publicado en un solo volumen una serie de fundamentales artículos del doctor Díaz de Guzmán relativos a la teoría general del derecho de familia. Estos trabajos son, indudablemente, bien conocidos. Aparecieron, sucesivamente en los últimos años, en *Jurisprudencia Argentina*; y todo profesional o estudioso dedicado al derecho de familia, es de presumir que los conoce, porque las ideas en ellos expuestas hacen a la esencia misma de la estructura de aquella rama del Derecho Civil.

Debemos recalcar este último aspecto. Es evidente que Díaz de Guzmán es el primer autor argentino que ha sistematizado una verdadera construcción científica del derecho de familia. Este camino es el necesario, si se pretende hacer auténticamente ciencia del derecho y superar la mera —y acostumbrada— labor de caligrafía del Código. Sobre dos conceptos básicos se levanta la estructuración normativa familiar: la teoría del estado de familia y la del acto jurídico de cumplimiento en dicho estado. Para el alumno, estudiar el derecho de familia sin partir de estas bases, significaría ser de la ineludible visión de conjunto que requiere la dogmática moderna; en otras palabras, es estudiar en realidad *instituciones del derecho de familia* y no *derecho de familia*. Por eso, consi-

deramos sumamente plausible la nueva publicación de estos trabajos del ambiente civilista argentino; los mismos, hoy en día agotados y difíciles de obtener, facilitarían en mucho la tarea del estudiante, cualquiera sea la tendencia o la escuela que elija.

Las monografías que componen el volumen, son las siguientes:

I. *Introducción al estudio del acto jurídico familiar*: El autor precisa el concepto de acto jurídico familiar, así como su ubicación en la teoría general de los actos jurídicos y en el derecho de familia.

II. *El acto jurídico de cumplimiento en el estado de familia*: Aquí el autor examina en particular el acto de cumplimiento, como el más importante de los actos jurídicos familiares. Lo define como "el acto formal que tiene por fin fundar una familia o establecer la posición de las personas dentro de la misma". Luego estudia sus elementos: a) presupuesto biológico; b) voluntad humana, y c) intervención del funcionario público.

III. *El título de estado de familia y sus efectos propios*: Este trabajo se relaciona con los efectos del estado nupcial respecto de la prestación alimentaria.

IV. *El estado aparente de familia*: El autor estudia aquí el primer estudio orgánico e integral del estado aparente de familia, en sus dos clases: el estado aparente de hecho (aquél que nos ofrece la impresión de que existe una realidad, pero sin que haya mediado ningún acto

de empadronamiento en esa posición que se revela anteriormente: concubinato, posesión de estado, etc.) y el estado aparente de derecho (el que concuerda con un empadronamiento falso, pero que no corresponde a la realidad: matrimonio putativo, empadronamiento formal inexacto, etc.).

V. *Las acciones de estado de familia.* El autor formula una teoría general de la materia dividiéndola en dos partes: en la primera "La acción de estado de familia" brinda las nociones generales; en la segunda "El proceso de estado", se refiere al aspecto procesal.

VI. *Las acciones de estado relativas al matrimonio.* En este acápite, cronológicamente anterior al que hemos visto recién, Díaz de Guzmán refiere —en su 1ª parte— conceptos generales expuestos en aquél; en la 2ª parte "Las acciones de estado matrimonial en nuestra legislación" realiza un amplio análisis de cada una de dichas acciones, para referirse luego a la finalidad de ellas, a sus límites, y a la vía procesal para ejercerlas.

VII. *La desnaturalización personal del estado de familia: necesidad de juicio ordinario.* Partiendo de dos fallos de la Cámara Civil, el autor demuestra, a través de un breve esquema, que la Gaceta vía para modificar el empadronamiento en un estado de familia en el procedimiento público, es decir la acción de estado, que en nuestro régimen procesal sólo pueda ejercerse por medio del juicio ordinario.

VIII. *La posesión de estado: carácter irrevocable y suborcinada constitución.* En esta nota Díaz de Guzmán señala la necesaria irrevocabilidad de la posesión de estado; si el reconocimiento expreso es irrevocable, con más razón lo es esta especie de reconocimiento tácito, perfeccionado en el tiempo por un ejercicio continuado. Y a su vez, justifica la irrevocación de la posesión de estado durante un período

de tiempo, para que, probado el caso biológico, sea viable la acción de estado.

IX. *La cosa juzgada en las cuestiones de estado.* Aquí el autor se refiere a la controversia cuantía de la extensión de la cosa juzgada en cuestiones de estado, analizando la jurisprudencia y las fuentes legales, como también la posición de Biliotti. Al igual que que nuestro Código —adecuadamente interpretado (art. 146)— sienta la misma conclusión: las sentencias que deciden sobre cuestiones de estado hacen cosa juzgada "erga omnes" (siempre, lógicamente, que se dictan en un juicio contradictorio).

X. *La cosa juzgada en materia de estado.* Su efecto "erga omnes". En este trabajo el autor vuelve a referirse, con mayor amplitud, al mismo tema del anterior.

XI. *Aplicación y reiteración del efecto "erga omnes" de la cosa juzgada en materia de estado.* Comentando un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Fcia. de Buenos Aires, Díaz de Guzmán refiere, con firmes argumentos, su criterio favorable a los efectos "erga omnes" de la cosa juzgada en materia de estado.

XII. *Sentido y características de la reforma legislativa sobre los hijos extramatrimoniales.* En esta un conciso estudio, en general y en particular, de la ley 14.367 y sus efectos en el derecho de familia.

XIII. *La distinción del vínculo nupcial por divorcio y por nulidad con presunción de nulidad.* Díaz de Guzmán trata aquí, en forma muy interesante, un problema siempre de actualidad: el divorcio vincular en nuestra legislación y los variados alcances de la "impedición" dispuesta por el decreto-ley 4070/56; y también la distinción *erga omnes* con excepción de fallecimientos.

XIV. *La consolidación de las especies invalidas*: Este trabajo, dividido en dos partes: "La realidad de las especies invalidas y los principios básicos que rigen la realidad del instrumento" y "Funcionamiento de las vías de subsanación de

la invalidad nupcial", es la primera construcción integral que se le ha hecho sobre tan trascendental tema y constituye, sin lugar a dudas, un brillante cierre para el volumen a que nos hemos referido.

FRANCO A. HONORATI

JUAN GOTTHEIL: *Common law y civil law*. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1940.

Julio Gottheil demuestra en esta obra la importancia que tiene el manejo adecuado de la teoría general del derecho para poder sistematizar en forma clara y acurada con una determinada problemática jurídica.

A través de todo el planeo de la obra se percibe la sólida base teórica del autor, e inclusive, sus agudas observaciones sobre la realidad jurídica son intencionadas por su amplia vocación cognoscitiva.

Gottheil no teme desbaratar las viejas estructuras conceptuales, y con su manera diáfana de explicitar las cosas comienza a construir sobre la realidad misma, tal como se evidencia en su circunstancia.

Así nos introduce en su "teoría general comparativa" que trata de señalar las semejanzas y las diferencias de dos situaciones jurídicas, los sistemas continental e inglés europeos, llamados en inglés "civil law" y "common law". La tarea del autor no es meramente comparativa ya que, el fundamento científico que la sostiene es el que ya hemos aludido, la valoración y la abstracción dentro de una teoría general del derecho con pretensión de verdad para ambos sistemas.

La labor se halla entonces dirigida intencionalmente hacia el conocimiento de aquello que forma la substancia de ambos sistemas, no se pretende hacer

ciencia del derecho sino ciencia de la ciencia del derecho, ciencia fundamental y universal. No se narra con la ciencia sino que se da razón de ella.

Para describir las diferencias que a primera vista presentan el common law y el sistema jurídico de tradición continental europea, Gottheil parte de la sentencia. La sentencia, como "núcleo alrededor del cual gira la vida jurídica", va a ser la referencia obligada durante el transcurso de la obra, de ella se extraerán los datos que servirán para simplificar y comprobar las conclusiones del autor. La diferencia previa que muestra Gottheil es que la sentencia del common law cita, razona y se funda en casos judiciales anteriores, las leyes que cita juegan un papel subordinado y sirven para ordenar la serie de casos específicos que sirven de precedentes. En cambio la sentencia del sistema continental cita, razona y se funda en leyes, las citas de doctrina y jurisprudencia tienen como objeto una mejor interpretación de la ley. Esta diferencia implica una diversa jerarquía en las fuentes utilizadas y además método distinto en la construcción de los juicios que forman la sentencia.

Gottheil señala estas diferencias para, a pesar de ellas, dedicarse a la búsqueda del fundamento científico de ambas maneras de pensar los problemas. Así nos dice que en los dos sistemas, el eje sobre el que se mueve la actividad cognoscitiva

jurisdiccional, es el mismo: la litis, que comprende una serie de conductas de las partes a las cuales debe darse sentido jurídico por medio de la sentencia. Esta sentencia es una norma jurídica particular creada por el juez con motivo de la litis. Esta afirmación de que la sentencia crea derecho y que la actividad jurisdiccional es una actividad creadora de derecho es un punto sobre el cual Getthell pone particular énfasis, dada las innumerables reticencias y vacilaciones que ha recibido de la opinión de los hombres de derecho, aún de los actuales. Una de las observaciones más interesantes que realiza Getthell es el papel que juega la doctrina en ambos sistemas; en el common law la doctrina se limita a reproducir y comentar los casos jurisprudenciales; en el sistema continental la doctrina se atribuye un papel mucho más importante y se dedica a interpretar las normas legislativas para buscar su "verdadero sentido" y en tal trabajo se ocupa poco o nada de la jurisprudencia. Tal vez esta aguda observación se encuentre muy relacionada con la reticencia de muchos juristas para admitir que el juez crea derecho. Entiendo con Getthell que éste no es el camino y la función de la doctrina. Las opiniones de los autores deben concebirse en marco adecuado sirviendo a las opiniones de los jueces; la doctrina como fuente de derecho, debe hallarse subordinada a la jurisprudencia que expresa en definitiva el derecho vigente.

Ataca al normativismo lógico de los que juzgaban al deber ser de la sentencia como un axioma y al de la actividad jurisdiccional como una mera subsección del caso en la norma general. Destaca el error científico de tal corriente ideológica y demuestra su inadecuación a la realidad jurídica.

Considera incompleta el "trato de realidad" que confiere el campo de investigación de los realistas. En efecto, si

bien toda tarea cognoscitiva debe necesariamente partir de una realidad parcializada, en el caso de los realistas tal parte de realidad (el juez como individuo con sus rasgos personales), aunque ciertamente útil y descriptiva, es incompleta e insuficiente. Con Llewellyn y Frank quedan sin explicación suficientes tan fundamentales como la estructura del ordenamiento jurídico y la labor interactiva realizada por el juez al explicar, citar, aplicar y crear normas jurídicas.

Getthell emprende entonces la tarea del desmontamiento y explicitación de la actividad conceptualizadora del juez y la importancia que cobra en ella, la orientación de la brújula axiológica del grupo al que el juez pertenece. La tarea de conceptualización y su aplicación es esencialmente la misma en ambos sistemas jurídicos, ya que si bien es cierto que el common law y el sistema continental presentan una estructuración diferente en sus normas generales, no lo es menos que la aplicación de las normas es la misma en ambas.

Esta identidad en la conceptualización jurisdiccional, entendida como la aplicación que hace el juez de una serie de conceptos, desaparece cuando se analizan los elementos de objetividad que utiliza el juez en uno y otro sistema para construir (no ya para aplicar) los conceptos. Los elementos o criterios de objetividad son aquellos que permiten la seguridad social y el sentimiento colectivo de justicia. Esta objetividad es, desde luego, paramente axiológica. En todo grupo en un momento y lugar determinados, existen una serie de valores patronos que son aceptados por la comunidad sin preocuparse de su comprensión. Estos valores tienen vigencia precisamente porque responden a un sentimiento colectivo de que son verdaderos y por ende válidos. De ahí que si la sentencia se ajusta a tales "criterios de objetividad" tenga "fuerza de asociación". De ahí también que los cri-

torios difieren en ambos sistemas jurídicos. Así, en el sistema continental, el juez tendrá como principal guía sociológica al legislador, y en el common law a los precedentes judiciales. Stare decisis y obligatoriedad de la ley son presupuestos sociológicos de ambos ordenamientos que sin duda podrían variar ya que son fenómenos cuya objetividad varía en el mundo sociario. La historia se encarga de apoyar esta afirmación.

Los parámetros sociológicos (o éticos, como los llama Gombel) de los precedentes judiciales y la ley, limitan las posibilidades de los jueces sin abogados, dejándoles una libertad cuya magnitud sólo podrá ser percibida por magistrados capaces. La relación Sartriana: libertad-responsabilidad, juega aquí con toda evidencia.

Tal limitación no es otra cosa que una técnica que permite la uniformidad necesaria en la estructuración del ordenamiento jurídico de un grupo sociario.

Esta estructuración de la sociedad permite que los individuos que la componen se sientan seguros en ella. ¿Por qué? Porque el fenómeno jurídico es previsible. La previsibilidad en todo fenómeno social tiene enorme importancia. El acontecimiento de fenómenos sociales que no han sido o no han podido ser previstos trae casi consecuentemente el malestar general y sus derivaciones, mientras que si los mismos fenómenos han sido o han podido ser previstos, las consecuencias son diversas. De ahí que lo previsible y lo imprevisible sean instrumentos de motivación de conductas utilizables por los que ejercen la conducción del grupo social, dependiendo en mayor o menor grado de la capacidad de los motivadores.

Sólo cabe agregar que nos hallamos en presencia de un trabajo (de reconocida raíz epológica) serio, y útil para repensar viejas cuestiones; ha sido realizado por un intelectual superior y consecuente.

Enrique S. PERRASCHI

Carlos LÓPEZ CORREA: *Moralidad de los espectáculos y publicaciones*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

Este nuevo volumen de la colección —eclecticísima colección, por cierto— que Abeledo-Perrot edita bajo el nombre de "Monografías Jurídicas", viene, en mi entender, a llenar un sensible vacío de nuestra literatura jurídica. No es, claro está, una obra exhaustiva, una obra que agote materia tan compleja y delicada como la que los administrativistas desmenuzan "policial de las costumbres". Ni siquiera abarca la totalidad de ésta; antes bien se circoscribe —ya el título lo dice— a un determinado sector de la policía de las costumbres: la policía de los espectáculos y de las publicaciones. El autor persigue ante todo una

fusionalidad de divulgación, lo cual —es menester decirlo— no sólo comprende a quienes, aunque profanos en la Ciencia del Derecho, se sientan quizá menoscabados por decisiones administrativas dictadas en virtud de una facultad policial que estudia, sino también a no escaseos abogados —ya que no juristas— que, con vocación acaso por otras ramas del derecho, no siempre tienen nocida adecuada de los conceptos que aquí se desarrollan. De ahí la sencillez y claridad en la exposición, que hay que todo agorero crédito y reduce los citas —selectas siempre— al mínimo indispensable. De ahí también la permanente pre-

ocupación física, que honra al autor y que lo alaba, al mismo tiempo, de aquellos jurisperitos que, llevados de la preocupación lúdica subterránea, como demuestra Hualdega, en el derecho, olvidan que las leyes fueron hechas para el hombre y no el hombre, según creen ellas, para las leyes.

Pero veamos el contenido del volumen. A modo de introducción, el autor expone en primer término el concepto de moralidad pública, para señalar después la escuálida diferencia que doctrina y jurista han trazado entre lo ético y lo inercial. Lástima grande no haya recurrido aquí a la etimología de los vocablos, que en ésta como en otros casos ayuda no poco a proporcionar alguna claridad. La importancia de la distinción es, efectivamente, enorme, pues en tanto lo ético cae en el ámbito penal, lo inercial, en cambio, es el campo reservado a la policía de las costumbres. Que esta policía corresponde primeramente al municipio es tanta que el autor defiende con copia de buenos argumentos y no disminuido fervor. Su punto de partida es, aunque no lo diga expresamente, aquella concepción jurimoralista del municipio cuya esencia vanamente declara Echea, concepción de la que con perfecta naturalidad se colige que las facultades sub-enumerar son de incumbencia comunal, y sólo precisamente porque se trata de algo que está en forma directa al orden de la comuna, el orden local, "el de la calle", como el maestro Bileau dice con gráfica expresión. Por más que, según el autor explica, esa concepción tenga su punto arquitectónico en la propia Constitución, no crea, espero, que así escuda de toda crítica. Me parece, por ejemplo, un error mostrar al municipio como ente autónomo cuando sólo lo es subsidiario, si bien con una antelación de orden territorial que le confiere características peculiares. Sea como fuere, lo que no cabe discutir es que,

habida cuenta de la naturaleza jurídica de la actividad municipal, en ella encuadra sin violencia "la salvaguarda de la moral social media de la población".

Tras esto analiza las disposiciones ablativas de la Ley Orgánica Municipal, pasando revista de inmediato a los quehaceres enumerados que en lo referente a la policía de los espectáculos y publicaciones refiere, a lo largo de su historia, el municipio de la Capital. Y aquí hay que apuntar un riesgo más del libro, a saber: la entrañable vocación democrática que palpita en todas y cada una de sus páginas, o, dicho de otro modo, la idea empujante de que defender al municipio es defender los postulados máximos de la democracia. Esa vocación y el fervor "municipalista" mantido líneas arriba, unidos a la ponderación y exactitud que transparentan en todo el libro, permiten al autor establecer una serie de premisas o, si se prefiere, indicaciones sobre la forma en que ha de concretarse la actividad policial que estudia. A este respecto son de notar las atinadas consideraciones que hace en torno a la gestión de las llamadas comisiones asesoras, que, según dice, definen un sistema que integra la tradición municipal en la materia.

A la moralidad de los espectáculos teatrales y cinematográficos consagra sendos capítulos: en ellos pone de relieve, ante todo, la distinta forma en que la actividad policial puede tener lugar según que se trate de lo cinematográfico o de lo teatral, pero, como igualmente señala, el film es algo concluso, hecho, mientras que la obra teatral — un cuanto representada — es algo que se hace y que, por eso mismo, carece de un "opus" material. A la policía de la moralidad en materia cinematográfica dedica particular atención, por cuanto en tal materia un Decreto-Ley del año 1957, ratificado por la ley 14-867, ha venido a cercenar govemente las facultades del municipio.

En capítulo ulterior expone, brevemente, los antiguos problemas que la moralidad de las publicaciones suscita. Dice allí, citando a Soler, que "la obra verdaderamente clásica no plantea grandes problemas de crítica literaria", pero al mismo tiempo admite que otros fuertemente procesos tienen, pese a ello, elevada rango literaria. La solución, ahora está, es supuestamente difícil. Ante todo, porque no puede ya quedarse en la banalidad y tópica cuestión de si la inmortalidad y el arte son o no compatibles. Luego, porque urge un replanteo profundo del problema. A nadie, creo yo, se le ocurrirá pensar que Madame Bovary o Margarita Gautier son personajes "morales" o, para decirlo con la expresión directa de San Pablo, edificación. Mas tampoco se le pasará por las mentes a nadie que el libro de Flaubert o el de Dumas son hoy substancialmente nocivos. Los hechos, en efecto son muy otros. La verdadera plaga no la constituyen obras como las citadas

en que arte e inmortalidad se juntan en contrato casado; sino esa abominable sociedad impresa, esa pobre ignorancia que hace de no pocas quincenas y "librerías" los oficiales de la ciudad. Esto, aunque no explícito, abunda en las breves páginas que el autor consagra a tan sugestivo tema, páginas llenas de cultura y buen juicio, en que además, para mejor ilustración del lector, explana con justos los criterios diversos que la Municipalidad de Buenos Aires aplica, según los casos, en ejercicio de la policía de las publicaciones.

Sigue a esto una sucinta exposición del procedimiento administrativo y judicial, muy útil sin duda, y a continuación, en breve apéndice, se transcriben las más importantes decisiones judiciales dadas en la materia. Una resúmen de las resoluciones adoptadas por el Primer Congreso Nacional de Anuncios Municipales cierra el volumen, al que sirve de presentación un enjundioso prólogo del Dr. Carlos Mouchet.

INOCENCIO GAZZANO

ALVARO G. SERRA: *Concepto de Contrato*, en *Jurisprudencia Argentina* del 8 de noviembre de 1960; N° 678.

Con el estilo que le es usual —profundidad en las citas y claridad en la exposición—, el Dr. Spota nos brinda aquí un interesante estudio sobre el concepto de contrato. Dice con las partes que pueden netamente distinguirse en este trabajo: la primera, dedicada a examinar con alguna profusión los antecedentes que en forma mediate o inmediata pueden haber influido en la redacción de nuestro Código Civil; y la segunda, tendiente a caracterizar al contrato, es decir, determinar cuál es su concepto y cuál su ámbito de aplicación.

Las opiniones de Pothier, Freitas y Savigny son estudiadas con detenimiento,

a la par que se mencionan las de Maine y Aubry y Rau, entre otros. Viene así, cuanto más restringido era el concepto de contrato en Freitas que en el estado de *Sistema de Derecho Romano Actual* y cómo Véliz se inclinó más a este último que a aquel.

Lo que nos hemos permitido denominar segunda parte de este trabajo, está dedicada como lo dijéramos, a encontrar cuál es el concepto y cuál el ámbito en que se desenvuelve el contrato. Para Spota, por contrato no debe entenderse sino "el acto jurídico bilateral y patrimonial", quedando así excluidos de su esfera el matrimonio, los esposales y la

recho de familia" y con ello se quiere significar la naturaleza consuetudinaria de esos acuerdos de voluntades.

Diversas situaciones más o menos largas lejanas, o los acuerdos entre consuetudinos,

etc., terminando el estudio con la justificación de que el contrato es el acto jurídico bilateral y patrimonial.

CARLOS A. R. LAZZARINI

José Juan Saura Puerta, *Teoría y política de la diplomacia*, Rojas Dupalma Editor, Buenos Aires, 356 páginas.

Estaría de más señalar que una de las notas que distinguen con mayor nitidez la conformación del siglo que vivimos es el deseo de velar por el mantenimiento de la paz entre las naciones, anhelo que en permanente oscilación, con subidas repentinas y caídas dramáticas, forma un proceso ondulante, de cuyos momentos nos acercan a diario los modernos medios de expresión del pensamiento.

La inquietud de los pueblos por el afianzamiento de su paz, que quizá nunca como ahora se vió amenazada, se ha manifestado, aunque con diversas matices, en otros momentos de la historia. A ese propósito confluyeron las esfuerzos de instituciones, gobernantes e individuos aislados, sobre todo a partir del siglo XVII, en que comenzó a superarse la prolongada etapa de la anarquía y el aislamiento entre las naciones, subsistiendo desde los orígenes más remotos, para ser reemplazada por el principio del equilibrio político, inspirado en las ideas de igualdad y respeto recíproco entre los Estados, que habrían de conducir, un siglo y medio más tarde, al surgimiento de la comunidad jurídica internacional, sobre la base de una necesaria interdependencia entre los pueblos, fundada en relaciones estables y permanentes.

Todo ello determinó el nacimiento del derecho internacional público como conjunto de normas destinadas a reglar las

relaciones mutuas entre los Estados y las de éstos con otros organismos que, sin ser tales, poseen personalidad jurídica internacional.

A aquella preocupación no fue ajena la sensibilidad de algunos ilustres pensadores argentinos del siglo pasado. Cuando en 1821 se creó la Universidad de Buenos Aires, una de las dos primeras cátedras instituidas en su Departamento de Jurisprudencia fue la de Derecho natural y de gentes, designación con la que se estudiaban entonces los problemas derivados de la vida del hombre en sociedad y las violaciones entre las diversas comunidades humanas.

Precisamente el primer vector de la Universidad, el prebitero doctor Antonio Sáenz, fue también el encargado de inaugurar y dictar durante tres años dicha cátedra, en la que lo sucedieron, entre otros, Eguaras descendientes de la talla de Pedro José Agrelo, Rafael Casagrande, Antonio Bernago y Amancio Alcega. El doctor Sáenz reunió las enseñanzas impartidas desde su cátedra en su obra *Instituciones elementales sobre el derecho natural y de gentes*, en la que desarrolló la idea de que todas las sociedades son iguales en derecho y dignidad y del mismo modo independientes.

La creciente complejidad de la vida de relación entre los pueblos ha determinado más recientemente la configuración

sistemos de un nuevo conjunto de normas y principios, claramente diferenciados de los propios del derecho internacional, destinados a regir las vinculaciones diplomáticas entre los Estados.

El derecho de legación implantado desde mediados del siglo XVII, y que en su doble aspecto —activo y pasivo— reconoce la facultad de los Estados de acreditar y admitir, con carácter permanente, sus representantes diplomáticos, dio lugar a una actividad útil y en su mayor medida, que se fundó originariamente en los principios consuetudinarios de la cortesía y reciprocidad internacionales.

Si bien el campo de la diplomacia en uno de los pocos en los que aún perduran con vigor las normas impuestas por las costumbres que rigieron desde antiguo las relaciones entre los pueblos, ellas han debido necesariamente ser complementadas con algunas otras aportaciones orgánicas, entre las cuales interesa resaltar la importancia de la doctrina de los autores que se han consagrado al estudio del tema, cuyas opiniones adquieren particular significado por tratarse de una materia en la que la ausencia de un legislador común y de una jurisprudencia también uniforme aplicable en todos los casos determina a veces una mayor elasticidad e imprecisión en el desarrollo de sus problemas.

La bibliografía argentina, que cuenta en el dominio del derecho público internacional con algunas aportes muy estimables, se remonta hasta ahora de la falta de una obra destinada a la exposición y el análisis de las principales instituciones que rigen la actividad diplomática de nuestros días. Ese vacío ha sido cubierto, ocremas que con acierto y dignidad, por el libro de José Julio Santa Pinter *Teoría y práctica de la diplomacia*.

De origen europeo y radicado desde hace varios años entre nosotros, Santa

Pinter lleva cumplida una muy seria labor doctrinaria y docente en el ámbito de los estudios diplomáticos e internacionales. Su personalidad conjuga dos cualidades valiosísimas para intentar con éxito, como él lo ha hecho, incursiones arriesgadas por aquellas complejas disciplinas. Ellas son su ansia incesante de cultura de viajero incansable y el dominio consumado de varios idiomas. Lo primero le ha permitido el contacto inmediato con las formas de vida y las modalidades políticas e institucionales impuestas en la mayor parte de los países del orbe. La posibilidad de expresarse y hacerse entender en ocho lenguas distintas, entre las cuales se hallan algunas de sus bondades implicancias culturales como el hebreo y el griego clásico, le ha facilitado el acceso directo a numerosos fuentes informativas y ha hecho que pudiera seguir cursos y dictar conferencias, en sus idiomas originales, en universidades e institutos especializados de renombre mundial.

La elasticidad que antes mencionamos como nota más distintiva del concepto de diplomacia, en su carácter de aspecto dinámico y esencialmente variable del derecho internacional, permite diferenciar a autores con nitidez. Los autores que se propusieron definir a aquella han proyectado los enfoques más diversos y originales, aunque casi todos coincidentes en señalarle, reunidos en singular conjunción, los caracteres de ciencia y arte.

Santa Pinter formula y explica su punto de vista sobre el concepto funcional de la diplomacia, a la que considera "una pacífica actividad inteligente, de carácter político, técnica, científico y profesional, desarrollada por agentes especiales responsables en forma controlada y descentralizada en la esfera internacional, a fin de lograr las preposiciones de la política exterior de la nación".

Supere el escollo inicial de definir

y ámbor la materia que habrá de desarrollar, el autor observa que por más que nos esforzamos "por encontrar una fórmula jurídica positiva para cada institución, para cada manifestación o actividad, siempre nos hallaremos frente a "lagunas" impresionantes, que la humanidad con su sentido práctico trata de llenar con la tradición y las costumbres. Y las llena perfectamente y a plena satisfacción, hasta tal punto que en ciertos epígrafes no hemos llegado aún a la codificación universal y uniforme del derecho diplomático, o más propiamente del derecho diplomático, en parte porque la humanidad posee una innata y original sensibilidad jurídica en la diplomacia —que ha perdido en otros campos jurídicos— y que da mejores resultados —que la de mejores resultados— "¿Cuál es de todos los sistemas legales actuales —se pregunta— el derecho que tenga mejores resultados que el derecho diplomático en caso de ausencia de una reglamentación positiva?". "Parecería pues que desde el punto de vista sociológico el derecho diplomático sería un derecho funcionalmente más perfecto que otros ramos del derecho porque cumple su misión sin dificultades aun en caso de carencia de reglamentación positiva".

Expuestos así inicialmente los conceptos y alcances de la materia, el autor desarrolla en sucesivos capítulos los temas prioritarios que constituyen el aspecto técnico de la diplomacia.

Es de especial interés el análisis que realiza, con el título de "Tipología diplomática", de los principales sistemas que rigen actualmente las relaciones internacionales, evitando de caer en la confusión tan frecuente entre los actos propios de la actividad diplomática y los privados de la política exterior. Se refieren, así, en orden sucesivo, dentro de la tipología nacional, los sistemas diplomáticos norteamericanos, soviéticos, vaticanos, inglés y alemán, y en la tipología

regional y continental, los sistemas austríacos, europeos, árabe, serbótico, austral y asiático.

En el capítulo dedicado a la Historia de la diplomacia expone el autor, con carácter informativo, la correspondencia a la etapa del Imperio Romano Bizantino. Su explicación surge de las dificultades que rodearían al propósito de desarrollar una Historia diplomática completa y universal —labor que demandaría un exhaustivo estudio especializado y la extensión de varios volúmenes— justifica la referencia circunstanciada y paramente ejemplificativa a un determinado período, pero también nos hace lamentar la ausencia de información con respecto a los restantes etapas históricas, que se nos ocurre podría haber sido incluida con criterio expeditivo y a título meramente enunciativo. Aunque no se use el propósito de la obra, con el cual quizá no guarda una relación indispensable —como afirma el autor—, ello hubiera permitido, a nuestro juicio, tener una visión ilustrativa de un proceso cuyo estudio se vuelve más complejo como consecuencia precisamente de la dispersión bibliográfica y de los inconvenientes que al mismo autor parecían al explicar su limitación.

Concluyen las consideraciones técnicas del libro con un capítulo dedicado al "Homo diplomático", en el que se analizan las cualidades esenciales que debe invertir quienes se consagran al delicado quehacer diplomático y, en especial, las que se refieren a su ética profesional.

La tercera parte de la obra, que es también la más extensa y por consiguiente, se dedica al estudio de las problemáticas derivadas de la práctica diplomática. Sucesivos y minuciosos capítulos tratan de la preparación profesional y el ingreso en la carrera —con valiosas apreciaciones de carácter comparativo entre los sistemas más representativos— como también de los funcionarios y órganos de

las relaciones internacionales, la carrera, función y privilegios diplomáticos y las normas del ceremonial, protocolo y temas afines.

Concluye el volumen con un apéndice con varios anexos, que incluyen los principales instrumentos legales reguladores de la materia en los órdenes nacional e internacional.

En resumen, consideramos que el libro en examen constituye un aporte valioso y actualizado, que reúne un ponderado equilibrio las nociones teóricas y las aplicaciones prácticas de ese "gran capítulo del derecho internacional —con deseos de autonomía total— que ansa ya en la actualidad una reemplazación jurídica más positiva que el propio derecho de gentes".

Su utilidad será específica para quienes actúan en la diplomacia y para los que sientan vocación por el conocimiento detallado de aquella singular "vicio-arte". Y creemos que será mucho mayor cuando se estudien en el país los estudios orgánicos sobre la materia, con el estímulo que ofrece para quienes los desarrollen la posibilidad del ingreso inmediato en la carrera, discus-

tación que permitirá redonar al servicio exterior de la Nación con las garantías de idoneidad que el prestigio internacional de la misma requiere.

Hubo quienes afirmaron que la era de los diplomáticos ha debido gradualmente ceder su puesto a la era de los técnicos, con lo que se quiso expresar que los factores morales, políticos y jurídicos que vinculan a los Estados van siendo poco a poco desplazados y sustituidos por los intereses económicos y administrativos. Sin desconocer la creciente gravitación de estas últimas en el desarrollo de las relaciones internacionales, consideramos que aquellos valores tradicionales seguirán constituyendo el sustento primordial de la interdependencia entre los Estados, y que la diplomacia, que ha prestado valiosos servicios a la pacífica convivencia de los pueblos, continuará incidiendo con igual fuerza en el mantenimiento de esa paz que dichos pueblos tanto anhelan. La lectura de *Teoría y práctica de la diplomacia* de José Julio Santa Pizar nos ha alentado a perseverar en esa esperanza y a esperar igual reacción en otros posibles lectores.

CARLOS LÓPEZ CARRERA

José María Rivar: *La Avaricia en el derecho comparado*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.

En el presente trabajo, el autor realiza una sistematización de los distintos métodos que existen en el derecho positivo extranjero para legislar una de las instituciones más importantes del Derecho del Trabajo: la huelga.

En realidad no es una investigación de Derecho Comparado sino de Derechos Extranjeros y para llevarla a cabo examina primero los elementos comunes de diversas legislaciones, dividiéndolas en seis grupos, y luego estudia en especial

las de los siguientes países: Brasil, Canadá, México, Uruguay, Chile, EE. UU., Francia, Italia, Gran Bretaña, Bélgica, Suiza, Noruega, Suecia, Finlandia, Australia, Nueva Zelanda, Israel y Japón.

Dentro del grupo de los sistemas represivos, menciona las legislaciones que, como la de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y sus satélites, prohíben el ejercicio del derecho de huelga.

Entre otras legislaciones que son estudiadas también dentro de este tipo, se

oportuno detestar que la Constitución de Portugal en su artículo 30 establece que: "En las relaciones económicas del capital y trabajo, está prohibido a una u otra parte suspender sus actividades con el fin de hacer prevalecer sus intereses" y decretos posteriores la convirtieron en delito sancionado penalmente.

En segundo lugar examina la huelga en aquellos países en que dicha institución tiene un reconocimiento constitucional expresa como en ciertos Estados de Alemania Occidental y en Brasil, Uruguay, Costa Rica, Cuba, Italia, México, y en nuestra Constitución, pues la reforma de 1957 ha reconocido a los gremios el derecho de huelga.

Posteriormente se ocupa de determinar en qué legislaciones se prohíben formas parciales de huelga, ya sea con respecto a los empleados públicos o servicios públicos o con respecto a las tareas agrícolas y otras modalidades que varían según las modalidades del país de que se trate.

Trata también los sistemas que establecen la etapa conciliatoria previa y en este caso, afirma el autor que éste debería "convertirse en el mínimo requisito obligatorio antes de que el conflicto se convirtiera en abierto".

El sistema del arbitraje obligatorio tiene también cabida en varias legislaciones "sea mediante intervención gubernamental, sea en razón de las actividades en conflicto".

Por último, en este capítulo señala los países en los cuales el derecho positivo ha limitado el derecho de huelga mediante reglamentaciones que tienden a restringir el ejercicio de esta medida de fuerza, y en los cuales, el incumplimiento de tales medidas trae aparejada la declaración de ilegalidad de la misma.

Lo dicho hasta ahora indica los aspectos fundamentales en que es estudiada la huelga en este trabajo del Dr. José María Rivas, publicado por el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, editada por Abelardo Perrot.

Es un trabajo muy útil que tiene por finalidad, como su autor mismo lo indica, "mostrar al estudioso, que quiera continuar el camino así iniciado, las consideraciones típicas a más relevantes según el sistema político imperante y las de mayor afinidad con nuestra idiosincrasia y legislación".

NORMA GLAUBER SARRA

GUILLERMO L. ALBERDIZ: *Mipositos del propietario e institutos análogos* (Convención de su ocupación en nuestro derecho); diario "La Ley", Buenos Aires, 14 de octubre de 1960 (Tomo 100).

Un importante problema, revestido tanto de interés teórico como de indudable utilidad práctica, es el que plantea Alberdiz en este trabajo. Su objeto, uno de los aspectos más importantes de la

condemna contemporánea: la hipoteca, nos muestra a detestarnos en él.

El título del mismo comienza por llamar la atención: "hipoteca del propie-

tario"; tal denominación contradice un principio romano —vigente en nuestro Código— al parecer incontrovertible: "nemo in rem suam servit". Dentro de esta

contradicción, el autor nos muestra que no puede pertenecer al propietario del inmueble, pues nada agregaría a su derecho —ya pleno— de dominio. Alberdiz señala otro principio fundamental de de-

recho romano, que también guía nuestro instituto de la hipoteca: "prior tempore potior iure"; es decir, que en caso de concurrencia de varias titulares hipotecarias sobre la misma cosa, la prioridad en el tiempo decide la preferencia. Con la concurrencia de que, en caso de extinguirse el primer crédito —cancelándose la primera hipoteca— el segundo acreedor hipotecario "avanza" en el rango, convirtiéndose en acreedor hipotecario en primer grado. La aplicación inexcusable de estos principios —aunque muy lógicos— puede conducir, sin embargo, a resultados injustos. Tal lo demuestra Allende a través de dos ejemplos, relacionados con el monto del interés —siempre elevado— que el propietario se ve obligado a consentir con el acreedor hipotecario de preferencia inferior.

Los principios mencionados, y las relaciones que de ellos derivan, fueron los predominantes en la época de sanción de nuestro Código. Pero contra ellos reaccionó, al iniciarse el presente siglo, el Código Civil alemán (inspirado respecto de esto, con toda, en el antiguo derecho germánico); y doce años más tarde, ya en forma mucho más simple y perfecta, el Código Civil suizo. A estas innovaciones se refiere, sucesivamente, el autor.

El Código alemán sistematiza, en forma sumamente completa, dos nuevas instituciones: la hipoteca del propietario y la deuda insubstancial del propietario. A grandes rasgos, la primera de ellas se caracteriza en que la cosa hipotecada no está sujeta en su totalidad al acreedor hipotecario en primer rango, sino que cada acreedor hipotecario puede tener una porción del valor del inmueble y no sola, lo que en principio es inadmisible. Por otra parte, la hipoteca, luego de nacer se independiza del crédito, de la causa que la originó, en forma tal que, extinguido el crédito hipotecario,

adquiere autonomía y deja de ser una deuda accesoria, para entrar en el patrimonio del dueño del inmueble, en forma estática, a la espera de un nuevo acreedor a quien garantizará un crédito, resolviendo entonces todo su pasado vigor. De tal modo, el art. 1163 establece: "Si el crédito por el cual la hipoteca se ha constituido no se hubiera afectado, la hipoteca pertenecerá a su propietario. Si el crédito se extingue la hipoteca la adquiere el propietario". La deuda insubstancial del propietario es un derecho de garantía no accesorio, que puede existir sin la necesaria presencia de un deudor; es un acto jurídico abstracto. Su diferencia con la hipoteca se sobre todo conceptual, aplicándose en gran parte las disposiciones relativas a la hipoteca (art. 1192) y viceversa (art. 1177). Los claros ejemplos de Allende sirven para precisar las similitudes y diferencias entre ambas.

El Código suizo, en cambio, ha unificado y simplificado adecuadamente la estructura de estas instituciones. Sus preceptos legales —que el autor analiza— lo demuestran con nitidez: art. 813 "La garantía otorgada por la hipoteca queda vinculada al puesto hipotecario que le asigna la inscripción. Los derechos de hipoteca pueden ser constituidos en segundo rango o en un rango cualquiera, a condición que el importe que ellos deben dejar libre sea indicado en la inscripción"; art. 814 "Cuando hipotecas de rango diferente son constituidas sobre un inmueble, la redacción de una de ellas no hace avanzar al acreedor posterior al puesto libre. El propietario tiene la facultad de constituir un nuevo derecho de hipoteca en el puesto de aquél que ha sido radiado. Las convenciones que dan a los acreedores el derecho de aprovechar los puestos libres no tienen efecto real si no son anotadas en el registro de inmuebles".

Allende concluye el trabajo propo-

tando la incorporación a nuestro Código de esta moderna y útil sistema de hipoteca de rango fijo o hipoteca de rango convencional. Tal reforma —sustentada— podría alcanzarse agregándose dos nuevas párrafos al art. 1334 del Código Civil, que quedaría redactado de la siguiente manera: "Las hipotecas son preferidas sobre las hipotecas gravadas con la hipoteca. Las inscripciones del mismo día concurren a prioritate. Las partes, acreedor y deudor hipotecario, pueden sin embargo determinar que el rango hipotecario que le asigna la inscripción no se modifique aunque sea precedida una hipoteca anterior. El derecho de hipoteca puede ser constituido en segundo rango o en un rango cualquiera a condición de que la parte de valer que se deje libre sea indicada en la inscripción".

En esta la segunda vez que Allende propone modificaciones parciales al Código Civil (lo hizo antes respecto de la posesión en "La Ley" del 18 de agosto de 1960). Bien sabemos el peligro que toda reforma parcial puede implicar para la arquitectura de un código, pero estamos convencidos de que las propuestas por Allende no constituyen una improvisación sino que son el resultado de un serio y meditado estudio. Recordamos su firme oposición a toda reforma incoherente, como por ejemplo las categoricas palabras con que condenó la deplorable técnica legislativa de la reforma impuesta por el art. 31 de la ley 14.394: "El divorcio vincular introducido en nuestro derecho por un artículo apartado del art. 31 de la ley 14.394 implica un estado de falta de técnica legislativa cuya consecuencia no será otra que una incoherencia tan absoluta en todo el vasto campo jurídico sobre el que la nueva institución repercute. Urgencia que adquiere aún mayores proporciones, no

solamente por la falta de normas que resuelvan los casos, sino también, y en esto es preponderante, por introducirse la institución dentro de un régimen de derecho, cuyas normas, directas e indirectamente —y no me refiero sólo al Cód. Civil— responden a una concepción fundamentalmente opuesta, como es la del matrimonio canónico; por tanto, la colisión entre las normas existentes y el apartado en cuestión, no puede menos que ser estrepitosa". (La Ley, 34 de diciembre de 1955).

En definitiva, y reiterando nuestra opinión de que las reformas parciales pueden significar un grave peligro para la estructura de un código, si no se efectúan con el máximo cuidado (las propuestas por Allende nos parece que cumplen con este último requisito), entendemos sin embargo que ellas son las únicas posibles y las únicas necesarias (respecto de la legislación civil). Sin perjuicio de valorar la magnífica obra del gran Bilibiani y la de la Comisión Reformadora de 1936, creemos firmemente que el Código Civil no debe ser sustituido; sus salidas dispositivas conservan perfectamente, en su gran mayoría, toda su actualidad. Además, la experiencia legislativa argentina asegura sin lugar a dudas, de que no será mutilado (en tiempo siquiera previsible). Sólo cabe entonces, ciertas y cuidadosas modificaciones, porque no es aconsejable tampoco, el absoluto inmovilismo jurídico. La reciente creación por el P. E. (25/12/60) de una comisión compuesta por tres eminentes juristas (Luis M. Boffi Boggiani, Eduardo B. Barco y Pedro León), destinada a estudiar y proponer las posibles reformas parciales del Código Civil, entendemos que señala el mejor rumbo a seguir.

FRANCO A. HERRERA



**Dirección y Administración: Departamento
de Publicaciones de la FACULTAD DE
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE
BUENOS AIRES, Av. Figueroa Alcorta 2088
BUENOS AIRES — REPÚBLICA ARGENTINA**

Precio del ejemplar \$ 50.—