



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**PRIMERAS JORNADAS CONMEMORATIVAS
DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL
3 Y 4 DE DICIEMBRE DE 1998**

DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN,
LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS
JUDICIALES
(CIEJ)

Asunción - Paraguay
1999



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PRIMERAS JORNADAS CONMEMORATIVAS DE LA
VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL
3 Y 4 DE DICIEMBRE DE 1998

DIVISIÓN INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES
CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES
(CIEJ)

ASUNCIÓN - PARAGUAY
1999

© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – DIVISIÓN INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES - CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES.
“PRIMERAS JORNADAS CONMEMORATIVAS DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL”
Alonso y Testanova. Asunción – Paraguay
DERECHOS RESERVADOS

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro, total o parcial, del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa.

Primera Edición: 600 ejemplares

345 PRIMERAS JORNADAS CONMEMORATIVAS DE
COR LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

Corte Suprema de Justicia – División Investigación,
Legislación y Publicaciones - Centro Internacional
de Estudios Judiciales

“Primeras Jornadas Conmemorativas de la
vigencia del Código Civil”. Asunción -
Paraguay. Edición 1999. 229 p.

ISBN 99925-808-6-0

COORDINACIÓN:

ELIXENO AYALA, Ministro
ESTEBAN KRISKOVICH DE VARGAS, Relator
ENRIQUE MERCADO ROTELA, Relator
EMILY SANTANDER DONNA, Secretaria
LOURDES IRMA SANDOVAL, Auxiliar

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

WILDO RIENZI GALEANO
Presidente

LUIS LEZCANO CLAUDE
Vice-Presidente 1°

ELIXENO AYALA
Vice-Presidente 2°

CARLOS FERNÁNDEZ GADEA
JERÓNIMO IRALA BURGOS
FELIPE SANTIAGO PAREDES
RAÚL SAPENA BRUGADA
ENRIQUE SOSA ELIZECHE
Ministros

CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS JUDICIALES (C.I.E.J.)

Consejo de Dirección

WILDO RIENZI GALEANO
(Presidente de la Corte Suprema de Justicia)

ELIXENO AYALA
(Ministro)

ENRIQUE SOSA ELIZECHE
(Ministro)

PRIMERAS JORNADAS CONMEMORATIVAS DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO CIVIL

Coordinación General

ELIXENO AYALA, Ministro. Director, División Investigación, Legislación y Publicaciones del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ).

Coordinación

ESTEBAN KRISKOVICH, Relator
ENRIQUE MERCADO, Relator
EMILY SANTANDER, Secretaria
LOURDES SANDOVAL, Auxiliar

Moderadores

CÉSAR AUGUSTO SANABRIA, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Tercera Sala.

OSCAR PAIVA VALDOVINOS, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala.

GERARDO BÁEZ MAIOLA, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala.

LUIS MAURICIO DOMÍNGUEZ, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Quinta Sala.

Panelistas

RAMÓN SILVA ALONSO, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción.

ERNESTO VELÁZQUEZ GUIDO, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica de Asunción.

MARCOS RIERA HUNTER, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala.

BONIFACIO RÍOS ÁVALOS, Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala.

JUAN LUCIANO MARECO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Guairá y Caazapá.

CARMELO CASTIGLIONI, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Itapúa.

ARNALDO MARTÍNEZ PRIETO, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Concepción.

MARÍA FRANCISCA PRETTE DE VILLANUEVA, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Pedro Juan Caballero, Departamento de Amambay.

PORFIRIO ZACARÍAS LEÓN, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Alto Paraná y Canindeyú.

MANUEL DE JESÚS RAMÍREZ, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro.

CARLOS ERNESTO TORRES, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Departamento de Ñeembucú.

CRESCENCIO PÁEZ SANTACRUZ, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial del Departamento de Misiones.

PRESENTACIÓN

En conmemoración del 11° aniversario de la vigencia del Código Civil Paraguayo, la Corte Suprema de Justicia, a través del Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ), División Investigación, Legislación y Publicaciones, organizó los días 3 y 4 de diciembre de 1998, en el Salón Auditorio del Palacio de Justicia, en Asunción, las Primeras Jornadas Conmemorativas de su vigencia.

La intención de la Corte al organizar dichas jornadas fue la de proporcionar a Magistrados, Abogados, Notarios y Estudiantes las distintas facetas innovadoras que fueron surgiendo en el campo del derecho, así como desarrollar puntos de vista acerca de las figuras que modificaron o ampliaron la normativa vigente desde 1987.

Fueron panelistas de dichas Jornadas Miembros de los Tribunales de Apelación de las nueve Circunscripciones Judiciales de la República, además de los Decanos de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Católica, quienes desarrollaron distintos aspectos del Derecho Privado y en especial las innovaciones que fueron introducidas al Código Civil durante más de once años.

Haciendo una breve reseña histórica de nuestra codificación civil, por Ley Nacional del 19 de agosto de 1876, se adoptó para nuestro país el Código Civil redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, para la República Argentina, en vigencia desde el 1° de enero de 1877. Posteriormente, luego de más de ocho décadas, por Decreto-Ley N° 200 del 2 de julio de 1959, fue creada una Comisión Nacional de Codificación con el encargo de “revisar la legislación general del país y promover su reforma en las diversas ramas del derecho, a fin de dotar a la nación de un ordenamiento jurídico que esté en consonancia con la cultura jurídica paraguaya, y de los avances de la civilización y del progreso en nuestro siglo”. En una de sus primeras reuniones, el 27 de setiembre de 1959, la Comisión

resolvió encargar a uno de sus miembros, el Prof. Dr. Luis De Gásperi, la redacción de un Anteproyecto de Código Civil. El eminente jurisconsulto Prof. De Gásperi, concluyó de redactar el anteproyecto con 3597 artículos distribuidos en cuatro libros, unificando las obligaciones civiles y comerciales, publicándolo en octubre de 1964, en un volumen editado por el editorial "El Gráfico" y en sucesivas ediciones en el periódico "El Diario Jurídico" publicado por el Colegio de Abogados del Paraguay¹.

Las fuentes de dicho Anteproyecto se han basado en la opinión de doctrinarios como Vélez, Freitas, Aubry et Rau, García de Goyena, Zacharie, Lafaille, Ihering, Demolombé, Savigny, Troplong, Marcadé, Acevedo, Molitor, Messinco, Ascarelli, Bibiloni, Reborá, Salvat, Laurent, Ripert, Planiol, y del mismo De Gásperi, Rezzonico y otros intérpretes, y los Códigos de Francia, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, Bolivia, Venezuela, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Guatemala, China, Italia, Portugal, México, Alemania, Suiza, Ecuador, Lousiana, New York y Rusia. Asimismo las instituciones jurídicas propias del Derecho Romano, del Derecho Canónico y del Derecho Español. También se citan en sus referencias los códigos de Napoléon, de Baviera, de Maximiliano, de Prusia, de Austria, de Haití, de los Cantones Suizos, de Luisiana, de Nápoles, de Cerdeña, etc., constituyendo una obra maestra de derecho comparado, adaptando una serie de instituciones a nuestra realidad social y económica. Este proyecto sometido a la Comisión Nacional de Codificación adquirió una serie de modificaciones, como asimismo en el Congreso Nacional, que concluyeron con su sanción el 18 de diciembre de 1985 y promulgación el 23 de diciembre de 1985. El Código entró en vigor el 1º de enero de 1987.

¹ Sapena Pastor, Raúl. "Fuentes próximas del Código Civil". Editorial El Foro. Asunción, 1986. Pág. 1 y siguientes.

“EL CONOCIMIENTO PRÁCTICO
DEL DERECHO”

EL CONOCIMIENTO PRÁCTICO DEL DERECHO

Ramón Silva Alonso*

La Corte Suprema de Justicia nos convoca a estas jornadas a conmemorar la vigencia del Código Civil, presentándonos publicadas las leyes fundamentales que sirven de normativa complementaria a ese cuerpo de leyes. Estamos pues, de nuevo, volviendo al derecho civil. *Tout jours on révien au droit civil*, afirmaba el insigne maestro del derecho francés, Marcel Planiol.

La Corte Suprema de Justicia ha emprendido en estos últimos tiempos la formidable tarea de publicar, con el cuidado debido, una serie de leyes o cuerpos de leyes destinada a ilustrar a magistrados y profesionales y al público en general acerca de la normativa del ordenamiento jurídico paraguayo. En el cuadro de esta ejemplar tarea ha visto la luz la “*Compilación de Tratados de Derecho Internacional Privado suscripto en el sistema interamericano entre 1888 y 1994*”.

La Compilación constituye el más grande aporte al conocimiento de las normas del derecho internacional privado de este siglo y por lo tanto a su estudio y profundización. Nunca se agradecerá suficientemente a los hombres que han hecho posible este emprendimiento.

A esta compilación sigue la del “*Digesto normativo, modificadorio y complementario del Código Civil Paraguayo*”, en la

* Abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Consejo de la Magistratura. Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Profesor de Derecho Civil (Obligaciones) en la Universidad Nacional de Asunción y la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”.

presente ocasión de las jornadas conmemorativas de la vigencia del Código Civil.

En el campo del derecho civil se trata de la mayor tarea emprendida desde la publicación de aquella preciosa obra publicada bajo el sello de la revista *La Ley Paraguaya* en 1988, "*Código Civil y leyes complementarias*".

A la misma habrá de seguir, Dios mediante, la publicación del Código de Organización Judicial actualizado, publicado con el máximo cuidado por el centro de publicación de la Universidad Católica en 1982.

Como es obvio, estos emprendimientos de inapreciable valor, tiene como mira la difusión de las normas del derecho paraguayo para su mejor aplicación.

Parece oportuno en este marco decir unas pocas palabras acerca del conocimiento práctico del derecho.

La tarea de los jueces exige perentoriamente el conocimiento preciso de las normas del propio sistema jurídico. Sin ello no es posible la realización de sea tarea.

El derecho publicado se presume conocido por todos. Empero su sola publicación no lo hace conocido. Hace falta mucho más que la mera publicación para que las normas sean conocidas, aunque todos aceptan esta ficción como necesaria para impedir que la excusa de la ignorancia jurídica prive de la eficacia a las normas.

El derecho no es en su conjunto conocido por los ciudadanos ni por los abogados ni tampoco por los jueces, pese al tradicional aforismo *jura novit curia*, que oculta en realidad el compromiso profesional de averiguar la norma aplicada en cada caso necesario. Cada jurista tiene una idea genérica del sistema de derecho en el que vive, un conocimiento aceptable de las normas relativas a su propia especialidad y un saber más profundo sobre los temas específicos que ha investigado personalmente, sea por interés profesional o

académico. Casi nadie lee el boletín oficial que, de todos modos no contiene la vital información acerca de la jurisprudencia o interpretación judicial. El conocimiento del derecho se extrae de revistas especializadas, anales de legislación, repertorios de jurisprudencia y tratados o monografías sobre doctrina.

Esta acumulación de información es abstractamente amplia, ya que incluye en principio todo dato que haya sido juzgado relevante por un actor o recopilador, pero su concreto acceso está sujeto a limitaciones significativas.

Un conocimiento preciso de las normas supone, a su vez, contar, entre otras cosas, con una exposición analítica, sistemática y actualizada de las mismas.

Desde Kelsen hasta Alchourrón y Bulygin, en nuestros días, una vasta literatura trata de dar mayor precisión a los conceptos, a las construcciones teóricas y mayor claridad a la concepción sistemática de las normas.

Ahora bien: toda aproximación al conocimiento del derecho, aunque fuere superficial, del mundo jurídico comienza por una exposición cuidadosa de sus textos.

He aquí la labor liminar de donde habrá de arrancar toda construcción.

Comprendiendo profundamente esta verdad de perogrullo es como la Corte Suprema de Justicia ha emprendido, bajo la coordinación del Ministro Elixeno Ayala estas publicaciones destinadas a proveer a magistrados y no magistrados del elemento primero del conocimiento jurídico.

Este conocimiento preciso de las normas del propio ordenamiento que ordinariamente se nos muestra como “un producto” fácil de alcanzar está lejos de serlo.

Las razones son diversas y obedecen a distintas causas.

La primera de ellas es que las leyes se publican dispersadamente. No es fácil hallar una publicación sistemática de las normas. Una publicación ordenada y sistemática es un acontecimiento que rara vez se da en nuestro medio. ¿No contando este tipo de instrumento estar seguro de hallarse en condiciones de dictar con las disposiciones que pudieran ser aplicadas?

Pero, además, las normas se hallan en permanente cambio, y ello no siempre es advertido de inmediato.

Por lo demás los hechos sobre los cuales recaen las normas se hallan en perpetua transformación, al punto de que, en Francia, hace ya algunos años, se ha hablado de lo que se llamó la “*revolte de faits contre le code*” aludiéndose naturalmente al Código Civil francés.

A remediar esta situación viene precisamente la publicación que en esta ocasión nos brinda la Corte Suprema de Justicia, ofreciéndonos el conjunto de leyes que componen el “*Digesto Normativo, Modificatorio y Complementario del Código Civil Paraguayo*”.

Esta montaña de normas viene a mostrarnos cuán grande es la metamorfosis sufrida por el derecho y cuán grande es el esfuerzo que habrá de depararnos el conocimiento preciso de las reglas encerradas en este “*corpus*”.

Hagamos el propósito de conocerlas y al hacerlo recordamos el mandamiento del inolvidable Couture, que nos dice: “*Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado*”.

“DERECHO DE RECESO”

DERECHO DE RECESO

Ernesto Velázquez Guido*

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de receso es la facultad otorgada a los accionistas, en los casos contemplados en el artículo 1.091 de separarse de la sociedad, obteniendo asimismo la devolución o el reembolso del importe de sus acciones.

El derecho de receso está regulado en nuestra legislación por el artículo 1.092, que tiene como fuente principal el artículo 2.437 del Código Civil Italiano que lo denomina “derecho de separación”.

Esta institución tiende a proteger los derechos de la minoría, así como por otra parte, posibilita a las mayorías adoptar medidas que consideren fundamentales para la empresa, sin vulnerar los derechos de las minorías disconformes.

Si bien se han formulado discrepancias doctrinales sobre la naturaleza y alcance de este derecho, nos ceñiremos, sin profundizar en el tema, al examen del artículo 1.092 que lo consagra en nuestra legislación.

El mencionado artículo -expresa: *“Los socios disconformes, con las resoluciones previstas en el artículo anterior, pueden*

* Abogado, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, Profesor de “Derecho Romano I y II”, y “Derecho Comercial I y II”. Publicaciones: “Letras de Cambio en el Código Civil Paraguayo”, Editorial La Ley, año 1995. “La Sociedad Anónima en el Código Civil Paraguayo”, La Ley Paraguaya S.A., 1998.

separarse de la sociedad, con reembolso del valor de sus acciones. De este derecho sólo pueden usar los presentes en la asamblea que hayan hecho constar en el acta su oposición dentro del quinto día, y los ausentes, dentro de los quince días de la terminación de ellas.

Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance aprobado, salvo que los disidentes en el momento de ejercer su derecho solicitaren a este efecto su ajuste conforme a valores reales, el balance reajustado deberá ser aprobado por la asamblea dentro de los tres meses de vencido el plazo máximo para ejercer el derecho de receso.

Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las consecuencias de su ejercicio”

Del artículo transcrito se pueden deducir cuales son los requisitos para ejercitar el derecho de receso:

Tiene lugar cuando se trata de la transformación fusión o de la disolución anticipada, de la sociedad, de transferencia del domicilio al extranjero, del cambio fundamental del objeto o de la reintegración total o parcial del capital. Estas causales son bastantes amplias si las comparamos con las contempladas en la ley italiana o argentina.

2. TRANSFORMACIÓN

Se justifica el ejercicio del derecho de receso por los accionistas disconformes teniendo en cuenta que este cambio estructural puede modificar la situación original del socio en la sociedad, aumentando sus responsabilidades y obligaciones.

3. FUSIÓN

Nuestro Código no es terminante en el sentido de mencionar la categoría o clase de fusión, (la propiamente dicha o la incorporación, absorción o anexión) como susceptible de ser objeto del ejercicio del derecho de receso. Parte de la doctrina argentina, considera que este derecho corresponde a los socios de la sociedad

incorporada y no a los de la incorporante, criterio aceptado por la Ley N° 19.550. “La razón de la excepción está dada por la circunstancia de que la sociedad incorporante conserva su individualidad, y la única modificación consiste en el aumento de su capital, modificación contra la que veremos más adelante, resulta muy dudoso que se pueda ejercer el receso (Juan Esteban Fernández. “Estudios de Sociedades Comerciales”). Como tenemos expresado, nuestra ley no hace ningún distingo.

4. DISOLUCIÓN ANTICIPADA DE LA SOCIEDAD

Esta es una innovación. La ley argentina no admite el receso por esta causal (art. 245, Ley N° 19.550). La razón para el ejercicio del derecho de receso en este caso está dada por el perjuicio que podría ocasionarse con tal resolución a determinados accionistas. Ni la ley italiana ni la argentina contienen esta causal (esta última acepta el derecho de receso), “en los casos de aumento de capital que competan a las asambleas extraordinarias y que impliquen desembolso para el socio”.

5. TRANSFERENCIA DE DOMICILIO AL EXTRANJERO

Esta causal, encuentra su explicación en la siguiente opinión: *“El traslado del domicilio social importa un cambio estructural equivalente a la modificación del estatuto social, y afecta sensiblemente la posición del accionista al verse sometida la sociedad a la ley aplicable al nuevo ámbito territorial, alterándose sus derechos conocidos materialmente ejercibles, como la dificultad de concurrir a la asamblea y la imposibilidad de informarse de su convocatoria”* (Ignacio A. Escuti. “Receso, Exclusión y Muerte del Socio”).

6. CAMBIO FUNDAMENTAL DE OBJETO

Es una de las causales más generalmente incluida en las legislaciones “la causal más fácilmente aceptada como fundamento del derecho de receso” (Carlos S. Odriozola, “El Derecho de Receso”).

El objeto de la sociedad, que es uno de los requisitos establecidos para su constitución es, a su vez, un elemento que atrae o aleja al socio de participar en la sociedad anónima, lo que justifica su separación cuando se varía este elemento constitutivo.

Ahora bien, nuestro artículo agrega que “el cambio del objeto debe ser fundamental”, con lo que se quiere significar una modificación sustancial del objeto social y no una simple ampliación o reducción de los negocios o actividades de la empresa.

7. REINTEGRACIÓN TOTAL O PARCIAL DEL CAPITAL SOCIAL

La reintegración es una medida que puede considerarse excepcional, consistente en la resolución de la asamblea extraordinaria que obliga a los socios a aportar proporcionalmente a sus aportes primitivos en caso de que el patrimonio social haya disminuido, sin recibir nuevas acciones por los aportes efectuados. Es, pues, razonable que ante una medida de estas características, el socio tenga la opción de recesar, por imposibilidad patrimonial o por la disconformidad con el método elegido.

El “reintegro”, técnicamente es una operación que no altera el valor del capital consignado en el balance de la sociedad, salvo que se realice “parcialmente” y en cuanto al remanente se resuelva reducir el capital, aunque en este caso cabe señalar que se tratará de dos operaciones distintas: reintegro parcial y reducción del capital... El reintegro no importa una modificación del capital por el contrario tiende a su mantenimiento puesto que implica acrecentar el patrimonio social en la medida que sea ello necesario para que el exceso de los valores del pasivo coincida con la cifra del capital (Verón).

8. CARACTERÍSTICAS

Las características del derecho de receso son:

1) Es un derecho personal del accionista que no puede ser disentido por la sociedad.

Es decir que constituye una prerrogativa otorgada por la ley al accionista que no puede ser discutida por la sociedad.

2) Es un derecho irrenunciable e inderogable por los estatutos y es de orden público. Con respecto a este punto, discutido en doctrina, nuestra ley es clara y categórica: “es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio” (art. 1.092 in fine).

3) Este derecho puede ser ejercido por los accionistas presentes en la Asamblea que hayan hecho constar en el acta su oposición, dentro del quinto, y los ausentes, dentro de los quince días de la terminación de ellas.

Nos parece justo el derecho otorgado por la ley a los ausentes. La discusión podría plantearse en cuanto a la falta de publicidad; así como el derecho de receso que podría tener el poseedor actual de las acciones transferidas por el accionista original dentro de los quince días otorgados para el ejercicio del derecho de receso.

4) Las acciones se reembolsarán por el valor resultante del último balance aprobado, salvo que los disidentes, en el momento de ejercer su derecho solicitaren a este efecto su reajuste conforme a valores reales. El balance reajustado deberá ser aprobado por la asamblea dentro de los tres meses de vencido el plazo máximo para ejercitar el derecho de receso (art. 1.092, segundo párrafo).

El último “balance aprobado” a que se refiere el artículo, es el balance social del ejercicio vencido en que se calcula el capital neto resultante del activo social, dividendos, reservas deduciendo el pasivo

social. Es decir, que se abandona el sistema de balance especial que la fuente argentina acepta en casos de recesión causada por transformación, fusión o escisión. De todas maneras, resultaría sumamente injusto que el accionista recedente no perciba el “valor real” de sus acciones, sino el que resulte del último balance aprobado en que los valores no coinciden con los valores reales del patrimonio social, sobretudo en los tiempos de inflación en que siempre se impone una indexación o ajuste a los efectos de conservar “los valores reales” de las citadas acciones.

La Ley N° 22.903, modificatoria de la N° 19.550 estableció claramente que el “valor de la deuda se ajustará a la fecha del pago efectivo consagrando el ajuste en moneda contante del valor de la cuota que le corresponde al socio recedente” (Verón).

En nuestro Código, en principio, el reembolso se hace de acuerdo al último balance aprobado y sólo en el caso que los socios disidentes en el momento de ejercer el recesso lo soliciten se realizaría el reajuste conforme a valores reales. Pensamos que este reajuste debería realizarse por medio de peritos a costa del recedente. Este balance deberá ser aprobado por la asamblea dentro de los tres meses de vencido el plazo máximo para ejercer el derecho de recesso.

5) El plazo para el ejercicio del derecho de recesso se computa desde la terminación de la asamblea respectiva, y no desde la inscripción de la modificación estatutaria, que dio el recesso.

6) Según alguna jurisprudencia argentina, la acción de recesso no puede subsistir con la acción de nulidad (Cámara de Comercio S.A., T II). Nos adherimos a esta tesis pues la consideramos excluyentes entre sí: o hay recesso o impugnación.

7) Es de orden público, a tenor de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.092: “*Es nula toda disposición que excluya el derecho de recesso o agrave las condiciones de suspensión*”.

9. IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA

Nuestro Código dedica cuatro artículos (1.098/1.101) al derecho de impugnación de las resoluciones de las asambleas. Estos artículos tienen su fuente en los artículos 2.377/2.379 del Código Civil Italiano de 1942, así como la ley argentina de sociedades comerciales N° 19.550, sin adoptar nuestro código las modificaciones introducidas por la ley argentina N° 22.903.

El artículo 1.098 dispone: *“Toda resolución de la asamblea que sea violatoria de la Ley, del estatuto o del reglamento puede ser impugnada por los directores, los síndicos, los funcionarios de contralor, y por los accionistas disidentes, lo que se hayan abstenido y los ausentes. También podrán impugnarla quienes votaron favorablemente, si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público.*

La acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez competente de su domicilio dentro de los seis meses de la deliberación, o si está sujeta a publicación dentro de los seis meses de la última publicación. Este plazo no rige en caso de violación de normas de orden público”.

Según De Gásperi, el derecho de impugnación nace como protección a la minoría y del socio singular. El derecho de impugnación aparece también como una garantía para las minorías una medida contra el “cesarismo” de las mayorías assemblearias en perjuicio de los accionistas minoritarios en los casos de violación de la ley, del estatuto o del reglamento.

Richard, Escuti (h) y Romero, aclaran que: “Cabe advertir, por ende, que no se trata solamente de una impugnación por vicios de la forma, sino por toda violación, lo cual haría impugnabile tanto por acción como por omisión toda decisión que implique un apartamiento notorio del cumplimiento del objeto social, o cree la posibilidad de incumplirlo en lo sucesivo”.

No sería inoportuno referirnos a las nulidades como causales de la acción de impugnación. Las nulidades han sido consideradas como “materia turbulenta del derecho” o “como la más ardua de la jurisprudencia” por Vélez Sarsfield. Sin embargo, como lo afirma Verón, “los avances doctrinarios en la materia permiten afirmar que se han esclarecido varias dificultades como las nulidades assemblearias... (Verón). Para Zaldívar, “la necesidad de instituir un régimen específico para las nulidades que puedan afectar la formación y funcionamiento de las compañías mercantiles, se ha basado, especialmente en los siguientes factores: a) el principio de la conservación de la empresa; b) la especial conveniencia de dar seguridad y fluidez a las transacciones comerciales, cuando una de las partes es la sociedad; c) la necesidad de evitar perjuicios a terceros; d) en la cautela con que deben juzgarse las acciones de nulidad iniciadas contra las sociedades y resoluciones de sus órganos”.

Sassot Betes-Sassot, distinguen “Los principios generales que sirven para determinar la existencia o no de la nulidad de las decisiones assemblearias consideradas nulas y de las decisiones assemblearias consideradas anulables”.

La expresión “Toda resolución de la asamblea violatoria de la Ley, del estatuto o del reglamento...” utilizada por el Código engloba una gran variedad de causales de nulidad, que es necesario determinar.

Las nulidades pueden ser: a) absolutas: cuando lesionan derechos fundamentales del accionista o disposiciones expresas de los estatutos; b) pueden ser relativas: cuando la nulidad nace de violaciones formales exigidas para una normal constitución y desarrollo del acto assembleario, o transgresiones al derecho de información o deliberación existe una tercera categoría, la de los actos inexistentes, discutida en doctrina, y no admitida por nuestro Código pero que sin embargo, merece algunos párrafos. Según Verón “las resoluciones inexistentes, no producen efectos jurídicos y en ningún caso podrán producirlo. Los actos inexistentes se dan en los casos de falta efectiva de la reunión o de las formas esenciales para la convocatoria o la votación, estos actos no se confirman ni prescriben,

los actos nulos si son absolutos no se confirman, pero pueden ser confirmados si la nulidad es relativa, los actos anulables tienen validez mientras no sean atacados y anulados por sentencia, pueden ser confirmados y prescriptos”.

Enumeramos a continuación, las causas más importantes y frecuentes que suelen anular las resoluciones asamblearias:

- a) La falta de convocación de la asamblea por el órgano competente, o la omisión de la clase de asamblea (ordinaria o extraordinaria), el lugar de reunión, la fecha y hora de la misma, así como la publicación del Orden del día, la existencia del quórum legal requerido y mención del número de votos.
- b) Falta del depósito de acciones y del libro de asistencia de accionistas.
- c) No observancia del quórum legal para la constitución.
- d) Deben considerarse irregulares las resoluciones asamblearias tomadas después de un cuarto intermedio pasados los treinta días, o si concurrieron en la reanudación accionistas que no habían depositados sus acciones en la primera reunión, o si se pasó por segunda vez a cuarto intermedio (Verón).
- e) Privación a los accionistas del derecho de información referente al examen de las copias del balance con la cuenta de pérdidas y ganancias presentadas, documentos que deberán quedar depositadas en la sede social con no menos de 15 días de anticipación a su consideración por la asamblea, así como la omisión de suministrar copias de la Memoria de los administradores y del informe del Síndico (art. 88, Ley N° 1034, del Comerciante).
- f) Limitar al accionista el derecho de participar en las deliberaciones de la asamblea, a no ser reglamentaciones legales o estatutarias.
- g) El tratamiento de pautas no consignados en el Orden del Día salvo “taxativas excepciones” que la ley permite.
- h) Violación de las normas referentes al derecho al voto y las relativas al cómputo de los mismos y proclamación de resultados.
- i) La falta de confección del acta de la asamblea o de la firma de la misma es una violación formal subsanable.
- j) Aprobar mociones a “libro cerrado” sin deliberación.

- k) Errores en los cálculos de votos (arts. 1.066 y 1.090).
- l) Cuando se incurra “en abuso de poder”, este término aunque ambiguo se determina fácilmente en la práctica, se observan en conductas que sin ser violatorias de la ley son sin embargo, abiertamente discriminatorias entre los socios o directivos sociales, como sería si los directores se fijaran sueldos excesivamente elevados o enajenasen a un bajo precio los activos sociales.

10. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN

Es discutida en doctrina si esta acción es individual o social. Adherimos a la opinión de Halperin, quien sostiene que la naturaleza social o individual de la acción depende del interés protegido de la naturaleza y causa de la impugnación pero en ambos casos la acción se promueve contra la sociedad, la que estará en juicio por intermedio de sus órganos representativos, conforme a sus propios estatutos.

Es una acción de orden público, inderogable y debe aplicarse con criterio restrictivo.

11. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA EJERCER LA IMPUGNACIÓN

El artículo 1.098 enumera las personas que podrán ejercer la acción de impugnación como titulares:

- a) Los directores: El directorio como órgano, o cada uno de los directores puede y debe ejercer esta acción, que ataca resoluciones asamblearias promulgadas en violación de las leyes, los estatutos o reglamentos, este “poder-deber” es, a nuestro criterio inexcusable e incumbe al director en virtud del artículo 1.111 del Código Civil.

Es lógico que para ello los directores no tuvieron que haber intervenido en la ejecución de la resolución impugnada, salvo que sea violatoria del orden público o aquéllos hayan actuado bajo los efectos de un vicio de la voluntad (Nissen).

Si el Director impugnante tiene derecho en el momento de demandar y si posteriormente cesare en sus funciones este hecho no le hace perder su legitimación judicial.

- b) Los Síndicos: Están también legitimados los síndicos o el síndico. No lo estaban en nuestro antiguo Código. Esta atribución es inherente a las funciones de supervisor de los actos societarios. El artículo 1.124 inc. i) encomienda a los Síndicos “vigilar que los órganos den debido cumplimiento a las leyes, estatutos y decisiones de la asamblea”.
- c) Los funcionarios de contralor: El artículo 70 del Decreto Ley N° 37.269/30 dispone que: “El inspector que interviniera en la celebración de una o más asambleas, firmará el acta correspondiente, en que se hará constar si el acto se ha formalizado con las formalidades legales. Si observare alguna irregularidad, la hará notar a la Presidencia, si ella no subsanara, exigirá que se haga constar en el acta, lo que se hará bajo pena de sanción del artículo 11 de la Ley del 10 de julio de 1906”.

Esta Ley dispone en el mencionado artículo: “A todas las sociedades comprendidas en ésta, que se nieguen a ser inspeccionadas, oculten datos relativos al estado de su activo y pasivo e imposibiliten de cualquier modo la tarea de inspección, les será inmediatamente retirada la personalidad jurídica o la autorización que hubiere recibido del Gobierno para funcionar”.

El artículo 8 del Decreto Ley N° 37.269, dispone que el inspector comisionado que ha asistido a una asamblea, deberá presentar a la Inspección un informe detallado que se refiera a los puntos consignados en el artículo 6 del presente Decreto, mencionará el número de acciones depositadas, los votos que ellas representen, el número de accionistas concurrentes, los votos en pro y en contra de cada punto tratado, las resoluciones tomadas respecto de los mismos, las irregularidades observadas y otros datos o antecedentes como elementos de juicio. Acompañará con su informe sendos ejemplares de los documentos entregados a la asamblea”.

Por último, el artículo 9 del mismo Decreto-Ley, establece: “La Contaduría General tomará las providencias correspondientes en los casos que se dé cuenta en el informe presentado, que le será pasado por la Inspección de Hacienda, y cuya copia archivará ésta en el legajo de la sociedad respectiva, mas si se requiere la adopción de alguna medida de orden superior, aquélla la elevará al Ministerio”.

Se observa que la posibilidad de impugnación oficial se da en nuestra legislación, como culminación de una fiscalización bastante rigurosa por la Inspección de Hacienda. El Ministerio, por vía judicial y no administrativa deberá hacer declarar la nulidad de la asamblea, cuando correspondiera.

d) Los accionistas disidentes, los que se hayan abstenido y los ausentes.

- 1) Nuestro Código, igual que el Código Italiano, utiliza, refiriéndose a los accionistas disconformes o que votaron en contra, la palabra “disidente”, que no nos parece adecuada desde el punto de vista estrictamente gramatical (“separarse de la común doctrina, conducta o creencia”).

Se refiere este párrafo del artículo a los accionistas presentes que votaron por el rechazo de la moción que pretenden impugnar.

- 2) También tendrán derecho a esta acción, los socios abstenidos, es decir, aquéllos que habiendo asistido a la asamblea no hayan emitido voto alguno respecto a la moción que diera como resultado la resolución impugnada.

La Ley Argentina (22.903) excluyó a esta categoría entre los que pueden intentar la acción de nulidad. Nos parecen acertadas las opiniones de Verón: “queda claro que el accionista abstenido carece de este derecho, pues no basta que concurra a la asamblea y se abstenga de votar, lo que la normativa societaria quiere es que vote en contra y haga constar en acta su oposición, para destacar la posibilidad de quien habiendo asistido a la asamblea no se haya opuesto enérgicamente al acuerdo de la mayoría”.

Tampoco la legislación italiana concede este derecho a los que se hubieren abstenido de votar.

- 3) Nuestro código, siguiendo al italiano (art. 2.377) considera comprendidos a los accionistas que no asistieron a la asamblea, o que habiendo asistido se hubieran retirado de ella, pero siempre acreditando su calidad de accionistas al tiempo de la decisión impugnada. Nuestra ley comprende a los "ausentes", sin ninguna especie de discriminación, pero debemos considerar que deben acreditar su calidad de accionistas al tiempo de la impugnación.
- 4) Accionistas que votaron favorablemente: Si su voto es anulable por vicios de la voluntad o la norma violada es de orden público es decir que el Código somete el ejercicio de la acción de impugnación a dos condiciones: a) que el voto sea anulable por vicios de la voluntad. Según Halperin, debe reconocerse la titularidad a todos los accionistas, incluso a los que votaron a favor de la decisión impugnada, porque: 1) la ley les impone una responsabilidad, y debe responsabilidad, 2) puede haber ignorado el vicio de la decisión.

El derecho asignado al socio en este caso, es más controvertida en doctrina, pero gran parte de los autores italianos y argentinos aceptan su viabilidad.

La Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Argentina N° 19.550 considera su validez e incluso cita como ejemplo el caso que un accionista vota favorablemente y su voto está viciado de nulidad, (verbigracia, error por el informe falso del directorio) (Zunino). Situación parecida sería el caso de que el accionista votase favorablemente la distribución de dividendos ficticios, ignorando tal calidad. Cuando se vulneran principios de orden público, ya sea conocido o ignorado el carácter del hecho discutido, v. gr.: cuando se aprueba una moción que restrinja el derecho de receso.

Aunque el artículo no lo exprese claramente no hay duda que los terceros también tienen derecho de impugnar resoluciones que

afecten sus derechos crediticios, “pues sólo la asamblea toma decisiones que en alguna forma reducen maliciosa o fraudulentamente las garantías de sus créditos, pueden impugnarlas o paralizarlas” (Zunino). Los debenturistas pueden impugnar las resoluciones de las asambleas.

12. ¿CONTRA QUIÉN PROCEDE LA ACCIÓN?

En su párrafo segundo, el artículo 1.098 de nuestro Código, dispone que la acción se promoverá contra la sociedad, por ante el Juez competente de su domicilio, dentro de los seis meses de la deliberación o si está sujeta a publicación, dentro de los seis meses de la última publicación. Este plazo no rige en caso de violación de normas de orden público.

Este párrafo cuyas fuentes son: el Código Civil Italiano (art. 2.378); el Anteproyecto De Gásperi (art. 1.705); la Ley Argentina N° 19.550 y el artículo 1.098 del Anteproyecto de la Comisión de Codificación, difiere, sin embargo, en la redacción y en su contenido de sus fuentes extranjeras. En primer término, el mismo expresa que la acción de impugnación se promoverá contra la sociedad (y no contra los socios); sin embargo, hay dos hipótesis en que se puede demandar también a los accionistas: cuando se les imputa haber votado, pese a tener, en el punto, un conflicto de intereses con la sociedad (Nissen) y también el caso contemplado por nuestro artículo 1.101. La acción se promoverá ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Turno, del domicilio de la sociedad. Ésta actuará por medio de sus representantes designados en los estatutos.

Debe, pues, comprenderse que toda acción de impugnación debe promoverse ante las autoridades judiciales y no ante los órganos de administración o jurisdicción administrativa.

El plazo para la promoción de la acción es de seis meses de la deliberación entendiéndose este término como aprobación del acto impugnado, y está sujeta a publicación, desde los seis meses de la última publicación. Es decir, que la acción puede promoverse a los seis meses de la clausura del acto asambleario, y si los estatutos

prevén la publicación de las deliberaciones, el plazo para el ejercicio de la acción, comenzará a correr a partir de los seis meses de la citada publicación. Esta última posibilidad es inconveniente, pues posponiendo indefinidamente la publicación podrá dilatarse sin término el ejercicio de la acción.

Transcurridos los plazos indicados, sin haberse intentado la acción, gran parte de la doctrina entiende que se produce la caducidad más no la prescripción de la misma.

13. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

El artículo 1.099 determina que: El Juez podrá suspender, a pedido de parte, si existieren motivos graves, la ejecución de la resolución impugnada con garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida pudiere causar a la sociedad, y sin perjuicio de terceros.

La parte afectada podrá solicitar al Juzgado la suspensión de la ejecución de la resolución cuestionada; ésta es una medida grave que debe interpretarse restrictivamente y sólo en los casos que se acompañan documentos y probanzas del supuesto perjuicio sufrido por el solicitante; algunos autores la consideran como una acción-incidente, esto es accesoria de la acción principal de impugnación de la resolución (MANGONI, Luigi. "Inadmisibilidad de reclamación al Tribunal por producción de suspensión de la deliberación impugnada por la asamblea", Revista de Derecho Comercial. Milán. Volumen III s.d.).

Es en realidad, una medida cautelar, pero con características propias, pues lejos de ser preventiva, ella tiende a suspender de entrada la ejecución de los actos impugnados. Afecta no sólo los derechos e intereses de la sociedad misma sino de terceros extraños a la relación accionista-sociedad, como podrían ser los acreedores. Por eso debe aplicarse con suma cautela y en los casos en que se comprueben acabadamente circunstancias realmente graves que pueden afectar los derechos del socio impugnante. Las violaciones a

la Ley o estatutos deben estar claramente expuestos para demostrar tales “hechos graves”.

14. GARANTÍA A PRESENTARSE

La suspensión de la ejecución de la resolución impugnada decretada por el juez, a pedido de parte en los casos que mediaren motivos graves, debe efectuarse bajo garantía suficiente de responder por los daños que esta medida pudiera causar a la sociedad, y sin perjuicio de terceros. Debe, pues, efectuarse a pedido de parte, mediando motivos graves y ofrecerse una “contracautela” por los perjuicios que pudiera sufrir la sociedad, previamente.

Martorell sostiene, que, promovido el juicio y prestada la garantía, la acción se suspenderá hasta el vencimiento del plazo legal de caducidad para el ejercicio de acciones semejantes, es decir (en nuestro caso), seis meses desde la clausura de la asamblea a los fines de las acciones que puedan intentarse. Por ello, el directorio deberá informar la existencia de otro o de los otros (Arecha-García Cuerva), integrándose así un litis consorcio activo necesario (Richard, Escuti y Romero).

El artículo en su última parte establece como condición para la suspensión, que ella sea “sin perjuicio de terceros”, si no existiera perjuicio a terceros que no estuviesen vinculados al litigio. Interpretamos que si la suspensión fuera solicitada con posterioridad a la ejecución adoptada, sólo los terceros que hayan contratado de buena fe tienen derecho a que se respete lo actuado o a la indemnización de daños y perjuicios pertinente.

15. ACCIÓN INTENTADA POR LA MAYORÍA DE DIRECTORES

En los casos en que la acción sea intentada por la mayoría de los directores, los accionistas que votaron favorablemente designarán por mayoría un representante “ad hoc” en asamblea convocada especialmente al efecto.

Si no se alcanzara esa mayoría, el representante será designado de entre ellos por el Juez (art. 1.100). En el caso mencionado se formará una asamblea especial para designar por mayoría un representante especial por los accionistas que votaron favorablemente. Si no se pudiese alcanzar esa mayoría, el Juez designará el representante entre los accionistas.

16. RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS

El artículo 1.101 determina la responsabilidad solidaria e ilimitada de los accionistas, que conociendo el vicio, hubieren votado favorablemente las resoluciones que se declaren nulas, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a los directores y síndicos.

Es decir, que la ley coloca en un mismo nivel de responsabilidad a los accionistas, directores y síndicos. La frase “que conociendo el vicio” no figura en las fuentes argentinas y hace más difícil la atribución de responsabilidad a los nombrados. No aceptamos que los derechos de los terceros de buena fe y a título oneroso puedan ser afectados por las declaraciones de nulidad. Pero aceptamos que los accionistas, directores y síndicos, “aunque no fuera a sabiendas” que votaron favorablemente, tienen responsabilidad por los eventuales daños causados. En el supuesto de nulidad de las decisiones asamblearias, la ejecución de la decisión nula no afecta la acción de impugnación ya que siempre subsiste la responsabilidad por los daños causados.

17. REVOCACIÓN DEL ACUERDO IMPUGNADO

“La asamblea podrá revocar el acuerdo impugnado. Esta resolución surtirá efecto inmediatamente y no procederá la iniciación o continuación del proceso de impugnación. Subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos, o que sean su consecuencia directa” (Art. 1.101, segunda parte)

Una asamblea posterior puede dejar sin efecto el acuerdo o resolución impugnada, produciendo como consecuencia la no iniciación del juicio o la suspensión del mismo si ya se hubiere

iniciado. Sin embargo, subsistirá la responsabilidad por los efectos producidos por el acuerdo que sean su consecuencia directa.

“EL CONCEPTO DE LATIFUNDO EN LA
LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL E
INFRACONSTITUCIONAL”

EL CONCEPTO DE LATIFUNDO EN LA LEGISLACIÓN
CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Marcos Riera Hunter*

1. INTRODUCCIÓN

Antes que nada, expresemos nuestro reconocimiento muy especial por la invitación honrosa que nos ha sido cursada para participar como panelista en estas “Jornadas Conmemorativas de la Vigencia del Código Civil Paraguayo”, conmemoración que resulta sensiblemente aquilatada con la presentación del “*Digesto Normativo, Modificatorio y Complementario del Código Civil Paraguayo*”, que ha sido elaborado por el Centro Internacional de Estudios Judiciales (CIEJ), División Investigación, Legislación y Publicaciones, que dirige S.E. el Señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia, el Profesor Doctor Elixeno Ayala.

2. TEMA A DESARROLLAR. OBJETIVO

El tema que nos corresponde desarrollar en esta oportunidad guarda relación directa con una cuestión muy puntual y propia de la Lógica Jurídica: el concepto y la definición del “Latifundio” en la legislación constitucional e infraconstitucional, y más que nada pretende ser una ponencia, al propio tiempo que una modesta reflexión, con la finalidad de demostrar que el concepto legal de

* Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas. Presidente del Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Capital, Primera Sala. Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica. Profesor de Lógica Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional. Director de Cursos de Doctorado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica.

“latifundio” ha sido modificado tácita o implícitamente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1992.

3. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y LAS DEFINICIONES JURÍDICAS

Algunas corrientes del pensamiento jus-filosófico, que perfectamente pueden enmarcarse en la moderna doctrina de la teoría general del Derecho, sostienen que el ordenamiento jurídico positivo de una sociedad determinada se encuentra compuesto no solamente por normas jurídicas, sino por definiciones jurídicas. Esta posición resulta, a su vez, contradicha por otras corrientes de pensamiento que sostienen que en los sistemas jurídicos existen solamente normas jurídicas de diversa naturaleza, entre las cuales se encuentran, precisamente, aquéllas definiciones jurídicas. Independientemente de que se comparta, o no, una u otra posición filosófica, lo cierto, lo innegable y lo importante es que en los diferentes sistemas jurídicos existe una gran cantidad de formulaciones lingüísticas, numerosos enunciados que incorporan conceptos que son definidos con un alcance determinado.

La definición, dicen los lógicos, constituye una operación lógica extremadamente importante por cuanto que no solamente aclara el concepto definido, sino que lo delimita de tal manera que no se lo pueda confundir con otro.

4. NORMAS DEFINITORIAS O INCOMPLETAS

Esos enunciados que definen conceptos se denominan precisamente, normas definitorias, conocidos también por la Teoría General del Derecho con el nombre de “normas incompletas” por cuanto que, desde el momento en que no hacen referencia explícita a acciones u omisiones, imponiéndolas con carácter obligatorio, o prohibiéndolas, no se consideran normas de conducta en el sentido estricto de su concepto, sino como se dijo, normas definitorias, vale decir, normas que definen los conceptos legales con un alcance y con un sentido cuya observancia resulta obligatoria desde el punto de vista de la pragmática del lenguaje jurídico.

5. EJEMPLOS DE NORMAS DEFINITORIAS

Así, pues, existen en el Código Civil Paraguayo numerosos ejemplos de normas definitorias. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 36, que define el concepto de “capacidad de hecho”, los artículos 52 y 53, que definen los conceptos de “domicilio real” y “domicilio legal”, respectivamente; el artículo 296, que define el concepto de “actos jurídicos”; los artículos 495, 499 y 508, que definen, respectivamente, los conceptos de “obligaciones divisibles”, “obligaciones indivisibles” y “obligaciones solidarias”; el artículo 1.909, que define el concepto de “posesión”, entre muchísimos otros ejemplos que pueden ser extraídos no solamente del Código Civil, sino de otros cuerpos legales, incluyendo a la propia Constitución Nacional.

6. IMPORTANCIA DE LOS CONCEPTOS Y LAS DEFINICIONES JURÍDICAS

Cabe señalar en este punto de nuestra exposición, que los conceptos jurídicos y las definiciones jurídicas son de fundamental importancia en el Derecho por cuanto permiten el encuadramiento de los hechos reales con una envoltura jurídica que hace posible la interpretación y la aplicación del Derecho. Es, en otras palabras, precisamente, gracias a los conceptos y definiciones jurídicas que los hechos reales (positivos o negativos) pueden ser calificados o tipificados a los efectos propios y específicos de la función jurisdiccional.

7. EL CONCEPTO LEGAL DE LATIFUNDIO. ARTÍCULO 4º, ESTATUTO AGRARIO

En el caso que nos ocupa, el concepto de “latifundio” se encuentra expresamente definido en el artículo 4º de la Ley N° 854/63, que establece el Estatuto Agrario, que textualmente dice: “Se considera latifundio a los efectos de esta ley todo inmueble de más de 10.000 Hectáreas, ubicado en la Región Oriental, o demás de 20.000 Hectáreas en la Región Occidental, que no esté racionalmente explotado”.

8. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONCEPTO LEGAL DE LATIFUNDIO

De acuerdo con la definición legal que establece el Estatuto Agrario, para que el latifundio pueda configurarse como tal, es decir, como latifundio, deben concurrir necesariamente dos requisitos o elementos esenciales: 1) En primer lugar, una superficie de tierra mayor de 10.000 Has. en la Región Oriental, o mayor de 20.000 Has. en la Región Occidental, y 2) En segundo lugar, la falta de explotación racional, es decir, la improductividad. Como resulta obvio, si faltaran uno de estos dos requisitos esenciales no existiría el latifundio desde el punto de vista legal.

9. CONCEPTO REDUNDANTE Y CONCEPTO CONTRADICTORIO DE LATIFUNDIO

Es por ello, precisamente, que en la sistemática conceptual del Estatuto Agrario no se tolera el concepto de “latifundio improductivo” y tampoco el concepto de “latifundio productivo”.

En efecto, no resulta posible admitir –según la definición legal- el concepto de “latifundio improductivo” por cuanto que en tal caso se estaría en presencia de un concepto redundante. No es posible afirmar legalmente la existencia de un latifundio improductivo por cuanto que, desde el punto de vista de la definición legal, el latifundio, para serlo, debe ser necesariamente improductivo, es decir, falto la explotación racional. Según el Estatuto Agrario la improductividad de las tierras constituye un requisito necesario para que el inmueble en cuestión pueda ser calificado de “latifundio”.

Por el contrario, tampoco se podría afirmar el concepto de “latifundio productivo” por cuanto que tal concepto estaría encerrando una contradicción intrínseca. Si por definición legal el latifundio es improductivo, no pueden existir, desde el punto de vista legal, los latifundios productivos.

10. LA CONSTITUCIÓN DE 1992. EL CONCEPTO DE LATIFUNDIO IMPRODUCTIVO

La Constitución de 1992 no define el concepto de latifundio. Solamente lo menciona en el artículo 115, inc. 1). Pero, los artículos 109 y 116, aunque tampoco definen el concepto de latifundio, incorporan un concepto complejo, aparentemente controvertido, el concepto de “latifundio improductivo”, y es aquí, precisamente, donde se plantea una delicada cuestión de hermenéutica constitucional.

¿Podría afirmarse que la Constitución Nacional ha incorporado un concepto pleonástico o redundante? Desde el punto de vista de la definición legal contenida en el artículo 4º del Estatuto Agrario no existen dudas de que el concepto de “latifundio improductivo” es decididamente pleonástico por cuanto que en dicho concepto se alude expresamente a un elemento (la improductividad) que, según la ley inferior, ya constituye un requisito esencial del latifundio en cuanto tal. Desde esta perspectiva, decir “latifundio improductivo” es lo mismo que decir “justicia justa”, o “violencia violenta”, o “santidad santa”.

La cuestión, como se dijo, es grave y delicada por cuanto que la redundancia (que puede afectar a normas y a conceptos) constituye uno de los vicios o defectos de los sistemas normativos, de la misma manera que las lagunas y las contradicciones lógico-normativas.

La cuestión exige, por lo tanto, un trabajo de hermenéutica constitucional, vale decir, de interpretación del texto constitucional que, obviamente, debe efectuarse teniendo en cuenta no solamente la naturaleza y las reglas de la interpretación jurídica en general, sino las reglas propias y específicas de la interpretación constitucional en particular.

11. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

En términos generales, puede afirmarse sin temor a incurrir en equívocos que la interpretación jurídica es una “atribución de significado al signo lingüístico legal” porque consiste en atribuir a las palabras de la ley un sentido, un alcance y un significado determinados, siendo este sentido, alcance o significado, precisamente la norma jurídica que, a su vez, es el producto de la llamada “faena hermenéutica”.

Es importante dejar bien en claro que lo que se interpreta no es la norma jurídica, sino el texto de la ley. La norma jurídica no es sino el producto de la interpretación que debe ser: 1) sistemática, es decir, dentro del contexto estructural al cual pertenece el texto; es por ello por lo que, como decía S. Soler, la norma jurídica no se encuentra en el texto, sino en el contexto; 2) teleológica, es decir, atendiendo a la finalidad pretendida con la misma, y 3) en relación a los elementos particulares, singulares o atípicos, propios del caso concreto sujeto a decisión judicial.

12. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En tratándose de interpretación constitucional, la naturaleza especial del texto interpretado, la Constitución, hace que deban tenerse en cuenta algunas peculiaridades del mismo: 1) En primer lugar, no puede descuidarse que la Constitución es la ley suprema del ordenamiento jurídico. La propia Constitución ha incorporado normativamente los principios de prelación y de supremacía constitucional; 2) En segundo lugar, la Constitución no es solamente un conjunto de cláusulas legales de primer rango, sino fundamentalmente un instrumento político y un programa de gobierno que fija los fines y los objetivos de la sociedad civil y política, y delimita las competencias de los poderes públicos en salvaguarda de los derechos de las personas; 3) En tercer lugar, dada la intención de regir por un espacio de tiempo que se supone debe ser suficientemente prolongado, la concisión, precisión y brevedad del lenguaje constituyen, o deben constituir, algunas de sus virtudes principales.

Por todas estas razones, como lo sostiene Linares Quintana, en ningún caso ha de suponerse que un término constitucional es superfluo o redundante, sino que su utilización obedeció a un designio preconcebido de los autores de la ley suprema.

En otras palabras: no debe entenderse que las palabras de la Constitución son superfluas y redundantes si pueden entenderse con un fin determinado. Tampoco deben entenderse las palabras de la Constitución con un sentido contradictorio si pueden interpretarse en coherencia y en armonía con el todo y especialmente con la intención que ha animado al legislador constituyente.

13. INTERPRETACIÓN DEL TEXTO “LATIFUNDIO IMPRODUCTIVO”

De acuerdo con lo dicho, si la Constitución ha utilizado el concepto de “latifundio improductivo”, como lo ha hecho en más de una oportunidad, y en todos los casos como referido a la reforma agraria, en atención a las reglas generales y específicas de la interpretación constitucional, no parece correcto ni adecuado jurídicamente entender ese concepto como redundante o pleonástico, o como el producto de una desinteligencia, desliz o inadvertencia del legislador primario, sino más bien como una intención clara del constituyente en el sentido de modificar el concepto legal de latifundio contenido en la ley inferior introduciendo así el concepto novedoso, el concepto de “latifundio improductivo”, que, por oposición a su contrario, supone necesariamente la admisión del concepto de “latifundio productivo”. En efecto, si existen latifundios improductivos, resulta obvio pensar que también pueden existir latifundios productivos.

14. RELACIÓN LÓGICA DE GÉNERO Y ESPECIE

Puede advertirse, consiguientemente, que los conceptos de “latifundio improductivo” y “latifundio productivo”, que en la sistemática del Estatuto Agrario aparecen como conceptos redundante y contradictorio, respectivamente, en la Constitución de 1992 aparecen como conceptos que no solamente adolecen de estos

defectos, sino que se presentan como conceptos específicos de un concepto genérico y más amplio que los engloba, que es el concepto de “latifundio”, existiendo entre éste último y los dos primeros una relación lógica de género y especie.

15. MODIFICACIÓN TÁCITA DEL ARTÍCULO 4º DEL ESTATUTO AGRARIO

Todo lo afirmado hasta este momento evidencia que la Constitución ha modificado tácitamente la definición legal del artículo 4º del Estatuto Agrario. En efecto, como es sabido, el Derecho admite las modificaciones o derogaciones tácitas de la ley por otra posterior, tal como lo dispone el artículo 7º del Código Civil. Pues bien: si una ley posterior puede derogar o modificar a una ley anterior por referirse a la misma materia para dejarla sin efecto tácita o expresamente, con mayor razón el fenómeno de la derogación o modificación tácita puede producirse cuando la Constitución regula la misma materia tratada en la ley anterior, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso del concepto y definición del latifundio. La Constitución, en realidad, no define el latifundio. Pero, desde el momento en que introduce el concepto de “latifundio improductivo”, que no puede ser calificado de redundante, introduce también –por oposición– el concepto de “latifundio productivo”, todo lo cual implica, sin duda, una modificación tácita de la definición legal del latifundio contenida en el Estatuto Agrario.

16. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La Corte Suprema de Justicia, en sus diferentes fallos sobre expropiación no ha definido todavía el concepto de latifundio a la luz del texto constitucional. Pero, existe, empero, un fallo, el Acuerdo y Sentencia N° 425 del 31 de octubre de 1996, dictado por la Sala Constitucional, en el cual el Señor Ministro, Profesor Doctor Luis Lezcano Claude, que ha sido Convencional Constituyente, admite expresamente que los latifundios pueden ser productivos, lo que significa que a nivel de la más alta instancia judicial existe ya un criterio que, según entendemos, acepta que la definición legal del

Estatuto Agrario ha sido modificado tácitamente por la Constitución Nacional.

17. CONCLUSIÓN

Antes de la vigencia de la Constitución de 1992 el latifundio, para configurarse como tal, requería el concurso de dos elementos esenciales: 1) Una superficie de tierra que exceda de una determinada cantidad de hectáreas en la Región Oriental o en la Región Occidental, y 2) Además, la falta de explotación racional, o improductividad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución actual se han incorporado con primer rango de prelación los conceptos de “latifundio improductivo” y “latifundio productivo”, que son conceptos específicos en relación al concepto de “latifundio”, que es género y englobante de los dos primeros. Por esta razón ya no puede definirse el latifundio en los términos del Estatuto Agrario.

A nuestro criterio particular, hoy en día el latifundio solamente puede ser definido como aquella superficie de tierra que tiene más de 10.000 hectáreas en la Región Oriental, o más de 20.000 hectáreas en la Región Occidental, independientemente de que sea productivo o improductivo, siendo éste último el que debe ser expropiado a los efectos de la Reforma Agraria en el Paraguay, sin perjuicio de que el primero (latifundio productivo) puede ser también objeto de expropiación por causas o motivos diferentes a la Reforma Agraria, como, por ejemplo, utilidad pública, o interés social determinados en cada caso por ley.

“EL LEASING”

EL LEASING

Bonifacio Ríos Ávalos*

I. ANTECEDENTES

Leasing es una palabra inglesa, que significa “arriendo”, “locación”. En principio se utilizaba en Inglaterra para significar un contrato de arrendamiento agrícola; posteriormente evolucionó extendiéndose a los edificios y por último a los bienes muebles. Recién desde este siglo fue utilizada en los Estados Unidos de América y de allí en otros países para designar ciertas operaciones de locación con características especiales, no bien precisadas. Esto explica las numerosas definiciones dadas al respecto y las discusiones sobre su naturaleza jurídica.

Según Buonocore y otros, la expresión “to lease” es un verbo utilizado en los países anglosajones para denotar la idea que alguien toma en locación un bien determinado.

Sin embargo, el término “leasing” es utilizado para indicar no una simple locación, sino más bien para ilustrar un instrumento de financiación, que tiene como base la locación, pero que no se agota en ella.

Siguen sosteniendo los autores que ello explica la traducción italiana, para designar como una locación financiera donde “la

* Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de “Hechos y Actos Jurídicos” en la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, y de “Obligaciones” y “Mercantil II” (Derecho Bancario) en la Universidad Nacional de Asunción. Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Segunda Sala.

palabra locación indica el núcleo-base del instituto, o al menos, la relación jurídica preponderante, mientras que el atributo financiero intenta captar el aspecto teleológico del fenómeno o bien, si se prefiere, la peculiaridad más aparente del mismo: la función de financiación que ciertamente cumple el instrumento en examen”.²

Es evidente que la necesidad cada día mayor del financiamiento de las actividades empresariales, aparece este contrato de arrendamiento financiero, que mediante un sistema de locación ofrece la posibilidad de una adquisición final, mediante un pago residual, puesto que difiere considerablemente del arrendamiento común por la imputación de canon total.

2. NOCIÓN Y CONSIDERACIONES GENERALES

El contrato leasing constituye, como se ha visto, una típica operación de crédito, propio de los bancos o entidades financieras, de mediano o largo plazo, a los efectos de incentivar el mejoramiento de la producción industrial mediante la renovación de tecnología, maquinarias e instalaciones, que sin la financiación el industrial o la empresa industrial, se vería imposibilitado en realizar, al requerir esto una nueva y costosa inversión. Allí aparece esta financiación mediante una locación con opción de compra al final del plazo estipulado, sin embargo se debe aclarar que nada impide su contratación teniendo como sujetos a particulares no comerciantes.

3. MODO DE OPERACIÓN

En principio, el Banco o la entidad financiera, autorizadas por la Ley N° 861 del 24 de junio de 1996, adquiere a petición del cliente, las maquinarias, o la tecnología o en su defecto si se trata de leasing inmobiliario, el inmueble, pero previamente seleccionado por el cliente. Luego la entidad dadora debe entregar al cliente para su utilización por un periodo de tiempo, fijado en el contrato de común acuerdo. El locatario, en este caso el cliente, en contraprestación se

² Buonocore Vincenzo, Fantozzi Augusto, Alderighi Massimo, Ferrarini Guido. El leasing. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1990.

obliga a pagar una cuota periódica durante el tiempo de uso. Sin embargo, al término del contrato, la entidad dadora debe reconocer al cliente su opción de compra, pagando una suma determinada como valor residual, fijada de antemano en el contrato.

Para fijar la cuota y también el valor residual del bien, se debe tener en cuenta la vida útil del bien y el monto del crédito, para su reembolso. Esto constituye el leasing financiero.

En las cuotas se deberá discriminar el monto que corresponde a la amortización del capital y al valor final, del monto que corresponde a la porción financiera de las prestaciones pactadas. Por su parte las cuotas podrán aparecer expresadas en el respectivo contrato diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del bien por el dador y la carga financiera y otros costos del contrato (Art.13 de la Ley 1295/98).

4. CLASES DE LEASING

Existen numerosas clases de operaciones en el contrato leasing, en el derecho comparado, principalmente en las legislaciones italianas, anglosajonas y americanas. Se podrán enunciar los más conocidos y difundidos por los autores de esta parte del derecho, de la siguiente manera: a) El leasing inmobiliario; b) Sale and lease back; c) Renting o leasing operativo; d) Leasing financiero (Arts. 7 y 50 de la Ley 1295/98)

5. LEASING INMOBILIARIO

En esta modalidad operativa la entidad financiera o el Banco, adquiere una propiedad y construye en ella el edificio para el asiento de la empresa contratante, previa selección y acuerdo respecto al lugar de ubicación e individualización del inmueble, el aspecto de la construcción e instalación de las maquinarias.

Se trata de operaciones para instalaciones de empresas de fábricas o ampliación de la misma, que a los efectos de no desembolsar grandes sumas de dinero recurre a la financiación, por

este medio contractual. Así mismo, industrias o empresas comerciales recurren a este sistema de operación, que una vez terminada la construcción o realizada la adquisición del inmueble con lo edificado, inmediatamente debe ser ocupado y explotado por el cliente de la entidad financiera.

Luego de producido el vencimiento del plazo estipulado en el contrato y cumplidas las obligaciones establecidas para ese momento, como el pago del valor residual el cliente se convertirá en propietario del inmueble con la construcción.

Según, Garrido, Garrido Cordobera, aludiendo a la propuesta del Sexto Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid, del 22 al 26 de octubre de 1984, las propuestas específicas fueron las siguientes: “el leasing inmobiliario responde a las necesidades de financiación a mediano o largo plazo, surgidas en negocios jurídicos complejos, con pluralidad de partes, en virtud del cual una de ellas transmite a la otra el uso y goce del inmueble, por una contraprestación durante el plazo contractual previsto, vencido el cual el beneficiario puede optar por la adquisición de la cosa según el monto pactado inicialmente (valor residual) de saldo u otro, o por la prórroga o la renovación o por la conclusión del vínculo con las restituciones debidas. El leasing inmobiliario es un contrato complejo, integrado por diversos elementos. No debe equipararse con el arrendamiento ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra, sino que, por la unicidad de su causa, constituye una realidad unitaria e independiente. El leasing inmobiliario implica a favor del titular de la misma la concurrencia de dos derechos, el arrendamiento y la opción de compra, que desde el punto de vista de la finalidad de este contrato deben considerarse como una realidad unitaria y compleja, y no como la suma de situaciones heterogéneas”.³

Siguiendo el pensamiento expuesto en la obra referida precedentemente, el leasing inmobiliario igualmente podrá aplicarse,

³ Garrido, Garrido Cordobera. EL LEASING INMOBILIARIO. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1990

para resolver el acuciante problema habitacional, donde la atracción financiera debe surgir de la implantación de exenciones impositivas.

Entre las operaciones autorizadas por la Ley 1295 en la disposición del artículo 7 inc b) dispone: "adquirir los bienes muebles no fungibles y los inmuebles edificados o no, acordados en el contrato de locación o arrendamiento financiero y contratar la construcción de todo tipo de edificaciones y darlas en arrendamiento financiero".

6. MECÁNICA DEL LEASING INMOBILIARIO

En realidad este contrato goza de una peculiaridad, en el sentido de que el objeto del contrato consiste en el uso y goce del bien inmueble, que al mismo tiempo, podrá no limitarse simplemente para actividades comerciales, industriales o fabriles. Según los autores mencionados precedentemente, la mecánica del leasing puede presentarse de la siguiente manera:

- a) En esta clase de operaciones, en primer lugar, la empresa en cada operación, percibe cuotas mensuales, aplicadas, partes a la amortización del capital, y el resto al uso, gastos de financiación, seguros, etc.
- b) Ello, finalmente, posibilita la adquisición del bien al vencimiento del contrato, en la oportunidad en que se manifiesta la voluntad de adquirir y se produce la mutación en compraventa.

Respecto a este punto se debe significar que el Código Civil Paraguayo, acertadamente ha incorporado la figura del leasing común y ordinario dentro de las compraventas con cláusulas especiales realizadas bajo condición resolutoria, en razón de que si no se ejerce la opción se pierde el derecho (Art. 783 del C.C.P.)

7. SALE AND LEASE BACK

Según Rodríguez, esta modalidad operacional es aplicada con bastante frecuencia en los Estados Unidos de América. La expresión

significa: “venta y vuelta a alquilar”; en otras legislaciones venta-locación. En efecto, en esta modalidad el dueño o propietario del bien vende a una empresa financiera, pero a la vez se lo toma en alquiler, lo que implica dos actos jurídicos un acto de compraventa y otro contrato de arrendamiento entre las partes y simultáneamente. Con esta operación la empresa ex propietaria continúa usando y gozando del bien como arrendatario, pero al mismo tiempo obtiene el recurso necesario para emplear en actividad específica.⁴

Mediante esta operación la empresa convierte sus activos fijos en líquidos para financiar su desenvolvimiento. De este modo la empresa modifica su título jurídico, de propietario pasa a ser arrendatario y en virtud de este último tiene el uso de los bienes e instalaciones, pero conserva su explotación sin interrupciones.

Esta modalidad contractual se halla previsto en el artículo 7 inc. c) de la Ley N° 1295/98 al disponer: “adquirir bienes del futuro arrendatario con el compromiso de darlos a éste en locación o arrendamiento financiero”.

8. RENTING O LEASING OPERATIVO. LEASING OPERACIONAL O DE EXPLOTACIÓN

Según Villegas, en realidad, se trata de otro contrato, completamente diferente y no una clasificación o una modalidad de leasing.

Este contrato fue desarrollado activamente en los Estados Unidos de América, desde el año 1940, y consiste en la entrega en locación de un bien por el propio fabricante o proveedor, encargándose del mantenimiento de los mismos. Se trata de operaciones realizadas entre fabricantes de maquinarias, equipos, automotores, computadoras, fotocopiadoras y los usuarios, que mediante el pago de un precio, le permite la utilización de aquéllos,

⁴ Rodríguez, Alfredo C., Técnica y Organización Bancaria, pág. 305. Ediciones Macchi, Buenos Aires 1980.

sin necesidad de grandes inversiones y al mismo tiempo para evitar el riesgo de la obsolescencia.

Según el artículo 50 de la Ley N° 1295, se define esta modalidad contractual como: “El contrato celebrado entre un fabricante domiciliado en el país, un importador, un distribuidor, un proveedor del exterior o una sociedad de leasing operativo, en calidad de dador, y un tomador; que tenga por objeto exclusivo la locación de un bien mueble no fungible fabricado o importado por el dador, a cambio de una contraprestación consistente en el pago periódico de una suma de dinero a cargo del tomador, por un plazo determinado, al final del cual éste último tendrá la opción de comprar el bien objeto del contrato de acuerdo con el valor residual, recibir un bien sustituto en iguales condiciones, o prorrogar el contrato actual por un plazo adicional con una cuota inferior.

Podrán también celebrar el presente contrato, los bancos y las sociedades de locación, arrendamiento o leasing financiero a fin de locar los bienes recuperados o adjudicados en pago, siempre y cuando la obligación del mantenimiento del bien locado estuviese confiada a un tercero y aceptada por el tomador. Si la locación fuese de bienes nuevos, la obligación por vicios redhibitorios y por el mantenimiento del bien locado deberá ser asumida sin restricciones por el dador y aceptado por el tomador, salvo pacto expreso en contrario”.

9. LEASING FINANCIERO

Es el contrato más común, objeto de nuestro estudio, que consiste en la entrega en locación de un bien adquirido expresamente por el locador para el locatario, reservándose éste último la opción de comprarlo al término del contrato por el precio convenido. También se lo denomina en inglés “finance lease”; en francés “location-financement” o “credit-bail”.

10. MODO DE OPERACIÓN

El locador, o bien el dador, luego de recibir las indicaciones del cliente, arrendatario o tomador, adquiere el bien para poner a

disposición del mismo. Posteriormente, el cliente procede a la explotación del bien, corriendo a su cargo el mantenimiento, los seguros y los tributos, durante un plazo que por lo general que alcanza la vida útil del bien. Durante ese plazo el locatario deberá pagar en concepto de alquiler, y dada la coincidencia con la vida útil, se habrá amortizado su valor, más los gastos y las ganancias de la entidad dadora, pero al final el tomador tiene la opción de adquirir en compra mediante el pago de un valor residual, según el precio fijado de antemano en el contrato.

11. DEFINICIÓN DEL LEASING

Según Villegas, el leasing “es un contrato de crédito innominado, atípico, de carácter autónomo, bilateral, de ejecución continuada, consensual, oneroso, no formal y de adhesión, perfeccionado mediante un contrato tipo”.

Para nuestro país ha dejado de ser innominado y atípico, desde la vigencia de la Ley 1295, que regula expresamente la figura objeto de estudio.

Es un contrato de crédito, principalmente el leasing financiero, porque importa una verdadera financiación al empresario de su necesidad de renovación de los bienes de producción y servicios, al producirse la adquisición del bien y la transmisión del uso y goce del mismo al tomador, lo que implica el ahorro del esfuerzo de una nueva y gran inversión.

Es bilateral, porque crea obligaciones para ambas partes, dador y tomador. Es un contrato de ejecución continuada porque no se agota con una sola prestación.

Es consensual, oneroso, formal, porque se perfecciona con el consentimiento de las partes. La prestación del tomador se realiza mediante el pago periódico de una suma de dinero y para ello se exige formalidad especial en escritura pública en los bienes registrables e instrumento privado con certificación de firmas por el Notario Público en los demás casos (Ley N° 1295/98 Art.9).

Finalmente se considera de adhesión porque el dador, o la entidad financiera, establece las condiciones generales del contrato.

12. DEFINICIÓN LEGAL

El artículo 8 de la Ley N° 1295/98, define la figura de la siguiente manera: *“Es el contrato celebrado entre un dador y un tomador por el cual el primero se obliga a arrendar al segundo un bien inmueble edificado de su propiedad; o un bien mueble no fungible o un inmueble edificado de propiedad de un tercero especificado por el tomador, de quien se obliga a adquirir o a ser adquirido del propio tomador, con el único propósito de arrendarlo al tomador; a cambio de una contraprestación a cargo de éste, consistente en el pago de una suma de dinero establecidas en cuotas pagaderas periódicamente, y que contemple una opción de compra irrevocable a favor del tomador, a la conclusión del contrato de arrendamiento, por un precio residual que será libremente acordado entre las partes.*

Asimismo podrá convenirse que finalizado el plazo inicial del contrato o el de la prórroga, en su caso, si el tomador no ejerciese la opción de compra, el bien se restituirá, al dador, pudiendo éste último venderlo, pactando libremente el precio con el nuevo copropietario, o entregarlo en arrendamiento financiero a un nuevo tomador”.

13. NATURALEZA JURÍDICA

Según Jorge H. Escobar, el leasing es un contrato innominado, complejo, además es bilateral, consensual, de tracto sucesivo y oneroso.

Demás esta decir, que actualmente los caracteres de innominado y la atipicidad han desaparecido con la nueva ley.

Algunos pretenden identificar con el mandato, lo que en realidad no concuerda, porque la entidad financiera no actúa en

nombre y representación del cliente para generar luego una rendición de cuentas. Asimismo, se pretende explicar como una sociedad, lo cual igualmente no resulta aceptable, en razón de que las pérdidas y las ganancias no se soportarán en partes iguales o proporcionales.

Las conclusiones del Sexto Congreso Internacional de Derecho Registral, afirman que es un “contrato complejo integrado por diversos elementos que, no debe equipararse con el arrendamiento, ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra, sino por la unicidad de su causa, constituye una realidad unitaria e independiente”.

14. CONTRATO MIXTO

Según, Enneccerus, Kipp y Wolff, en el contrato mixto en sentido lato, no se trata precisamente de la unión de dos o más contratos, o simplemente una pluralidad de contratos conocidos sino más bien son contratos unitarios, que recepcionan elementos conocidos y tipificados de otros contratos, para tener una funcionalidad propia. Dichos autores destacan en los siguientes términos: “Aquí no se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato “unitario”, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados, en todo o en parte, por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contrato. Respecto a estos contratos mixtos en sentido amplio sólo puede trazarse el principio impreciso y, por tanto difícil de aplicar, de que en determinadas circunstancias se aplicarán las disposiciones de esos distintos tipos de contrato, siempre que no contradigan el carácter específico y el fin total del contrato de que se trate”.⁵

15. EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

El Código Civil Paraguayo no regula específicamente el “leasing” financiero como contrato de crédito bancario, pero establece un principio general, normando el aspecto substancial de

⁵ Enneccerus Ludwig, Kipp Theodor y Wolff Martin. “Tratado de Derecho Civil”. Tomo II. Pag. 7.8. Editorial Bosch, Barcelona 1950.

esta modalidad contractual, que no sólo puede darse cuando es parte una entidad financiera, sino al mismo tiempo igualmente podrá celebrarse entre personas físicas y no precisamente cuando uno de los sujetos es un Banco, reconociéndose de esa manera la existencia del leasing ordinario o común, como una figura distinta del leasing, financiero o profesional.

En efecto, el Código regula en el libro tercero dedicado a los contratos y otras fuentes de las obligaciones, en el Título II, De los contratos en particular, Capítulo I, de la Compraventa, y específicamente en la Sección, De las cláusulas especiales. Es decir, siguiendo esta metodología, el Código ubica el tema dentro del contrato de compraventa con cláusulas especiales, que son la compraventa condicional, con condiciones suspensivas y resolutorias. Regula muy someramente el leasing, entre las disposiciones del artículo 783, que establece: *“Si la resolución del contrato tiene lugar por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir las cuotas cobradas, salvo el derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa, además del resarcimiento de todo daño.*

Si se hubiere convenido que las cuotas queden en este caso adquiridas por el vendedor a título de indemnización, el juez, según las circunstancias, podrán reducir la indemnización convenida, si la juzgare excesiva.

La misma disposición se aplicará en el caso de que el contrato se configure como locación y se convenga que al término del mismo, la propiedad de la cosa se adquiera por el locatario, por efecto del pago de cánones pactados”.

16. PODRÁ UN PARTICULAR CELEBRAR UN CONTRATO DE LEASING COMO DADOR?

Los particulares pueden celebrar el contrato de leasing entre sí, por el simple principio de autonomía de la voluntad que rige en el Derecho Privado, más la disposición legal transcrita precedentemente. Es decir, en este caso sería muy simple, porque la falta de prohibición significa una permisón. Ocurre completamente

lo opuesto en el Derecho Público, donde la falta de autorización expresa significa una prohibición. La doctrina también denomina al primero el principio de la licitud y al segundo el de la legalidad, principios que forman el cierre del sistema, por tanto existe una respuesta jurídica en el mundo del derecho para cada caso (Plenitud hermética del Orden Jurídico). Sin embargo, se debe advertir, que el leasing ordinario o común no cuenta con los incentivos fiscales que gozan el leasing financiero o profesional.

17. QUIÉNES PUEDEN SER DADORES EN EL CONTRATO LEASING

Según el artículo 2° de la Ley N° 1295: *“Podrá celebrar el contrato de locación financiera, arrendamiento financiero o leasing financiero en calidad de dador:*

- a) *las filiales de las entidades autorizadas por la Ley N° 861 del 24 de junio de 1996 constituidas a tal efecto;*
- b) *una sociedad de arrendamiento financiero;*
- c) *un importador; sobre bienes que importe;*
- d) *un fabricante domiciliado en el país, sobre los bienes que fabrique;*
- e) *un distribuidor domiciliado en el país, sobre los bienes que distribuye;*
- f) *un proveedor del exterior sobre los bienes que provea del exterior; y*
- g) *una empresa constructora, inmobiliaria o promotora sobre los inmuebles edificados, entiéndase propias o de terceros, a ser adquiridos para el efecto”.*

18. PARTES INTERVINIENTES

En primer término debemos señalar que las entidades especializadas, constituidas para esa finalidad, son las que realizan la adquisición a título de propiedad el bien para luego arrendar al usuario, que puede ser una persona física o una compañía o empresa industrial.

En Italia igualmente el usuario -frecuentemente es el propio Estado o entidades públicas-, quien recurre a esta figura para adquirir bienes mediante una financiación a los efectos de evitar los procedimientos burocráticos, y desembolsos presupuestarios altos, mediante el pago del valor residual.

Conforme se ha visto anteriormente la Ley N° 1295 autoriza a los bancos y otras entidades autorizadas por la Ley N° 861, por medio de sus filiales operar con leasing actuando como dador, asimismo, las sociedades constituidas para tal efecto, el importador sobre los bienes importados, el fabricante sobre bienes que fabrique, el distribuidor sobre bienes que distribuye, el proveedor del exterior y la empresa constructora, inmobiliaria o promotora sobre los inmuebles edificados.

El tomador que es la entidad física o jurídica que recibe un bien del dador, en locación y se obliga a pagar una cuota periódica durante el tiempo convenido.

19. DEBER DE DISCRIMINACIÓN DE LOS RUBROS EN EL CONTRATO

Se debe discriminar claramente:

- a) La cuota pactada;
- b) El capital;
- c) Amortización del capital;
- d) Porción del capital;
- e) Porción Financiera;
- f) Financiación;
- g) Valor fiscal o residual;
- h) Valor depreciado del bien.

20. VENTAJAS QUE OFRECE ESTA OPERACIÓN

Para el usuario se podrá enumerar las siguientes ventajas:

- a) El usuario o tomador recibe el bien, sin estar obligado a pagar parte de él.

- b) La financiación de la entidad financiera es total.
- c) El usuario o tomador no realiza un esfuerzo financiero que le pueda producir una descapitalización.
- d) No se requieren anticipos o pagos adicionales, porque el usuario estaría obligado al pago de una cuota periódica. Es decir, no es necesario el pago de ninguna suma de dinero en concepto de anticipo ni mucho menos como cuota adicional, para que el bien pueda pasar al goce y explotación del usuario.
- e) El tomador satisface su necesidad real, al seleccionar el bien y la firma proveedora, sin perjuicio del asesoramiento financiero sobre el tema.
- f) El bien objeto del leasing comienza a producir desde el momento de la entrega.
- g) El precio por el valor residual y las cuotas se fijan al inicio del contrato, y en función a la vida útil del bien, lo que permite tener una duración contractual con la plena productividad que ofrece el bien.
- h) El tomador no requiere ofrecer garantías especiales porque el dador no se desprende del derecho de propiedad, en consecuencia es la mejor garantía la de seguir siendo titular del derecho dominial del bien dado en leasing.
- i) El tomador no ve agravada su situación impositiva, porque el leasing hace que el bien no ingrese en su patrimonio y por otro lado la cuota periódica es deducible como gasto de producción.
- j) El leasing goza de algunas exoneraciones fiscales durante la vigencia del contrato, que convierte a la institución, en la más ventajosa y en consecuencia la operación financiera más beneficiosa.

21. ALGUNAS CONSIDERACIONES TRIBUTARIAS

La Ley N° 1295, cuenta en el Capítulo III, la regulación del Régimen Tributario, estableciéndose que la base imponible del impuesto al valor agregado la constituye el monto de cada cuota neta devengada, la cual comprende tanto la porción de capital como la financiera y todos los demás importes cargados al tomador,

excluyendo el propio impuesto. Si los bienes son importados con el objeto de entregarlo en locación financiera, la aplicación del IVA quedará en suspenso, debiendo ser afianzado dicho impuesto a satisfacción de la Dirección General de Aduanas, salvo que en el momento del despacho se presentare el contrato de arrendamiento inscripto conforme a la Ley.

Cuando el dador no está domiciliado en el país, no sería necesario el afianzamiento, sería suficiente el contrato debidamente registrado. Igualmente quedaría en suspenso la aplicación del IVA cuando el dador adquiriera de proveedores domiciliados en el país, respecto de los bienes destinados a la locación financiera.

Se debe señalar sin embargo, que cuando el dador se encuentra domiciliado en el exterior, el tomador actúa como agente de retención del Impuesto a la Renta y del Impuesto al Valor agregado y deberá efectuar cuando se realice el pago y la puesta a disposición de los fondos o al vencimiento de los plazos contractuales previstos para efectuar el pago.

22. FORMALIDADES

Dispone el artículo 9º de la Ley N° 1295: *“El contrato deberá otorgarse por escritura pública si fuese bienes registrables y por instrumento privado con firmas certificadas por escribano público en los demás casos, extendiéndose una copia para cada parte y una tercera para el Registro.*

La no inscripción del contrato no obstará la validez del mismo como acuerdo entre las partes, sin embargo para su validez como contrato de locación, arrendamiento o leasing financiero objeto de esta ley y frente a terceros de buena fe, se requerirá de tal solemnidad”.

Se debe resaltar que como principio general los contratos que no reúnen los requisitos formales, tienen vida como obligaciones asumidas por las partes de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 701 del C.C.P., pero de ninguna manera podrá tener efecto respecto a

terceros y particularmente cuando se trata de un contrato de leasing, que en el fondo es un acto con condición resolutoria.

23. DEBER DE INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

Dispone el artículo 14: “El contrato de arrendamiento financiero se inscribirá a pedido del dador, en la Dirección General de los Registros Públicos:

- a) si recae sobre bienes inmuebles, en el Registro de Inmuebles;
- b) si recae sobre aeronaves, en el Registro de Aeronaves;
- c) si recae sobre automotores, en el Registro de Automotores;
- d) si recae sobre naves, en el Registro de Buques; y,
- e) si se tratare de otros bienes, en el Registro de Prenda con Registro”.

Tal como se afirmara precedentemente, para que el contrato pudiera tener efecto contra terceros, es necesario, además del cumplimiento de la formalidad del acto en sí, su inscripción en la Dirección de los Registros Públicos, en la sección correspondiente al bien registrado y si fueren bienes muebles en el Registro Pendario.

24. MOMENTO DE LA INSCRIPCIÓN Y DEMORA DE LA INSCRIPCIÓN. PLAZO DE VALIDEZ

“Si el bien objeto del contrato debe ser adquirido previamente por el dador, los contratos de compraventa y arrendamiento financiero deberán presentarse en el Registro respectivo en forma sucesiva o simultánea dentro de los plazos legales. El dador no tendrá derecho a percibir la segunda cuota si no entrega al tomador copia del contrato inscripto y el plazo de validez será igual a los establecidos en el contrato y podrán ser reinscriptos a solicitud de las partes” (Arts. 15, 16 y 17)

25. DERECHOS QUE CONFIERE A PARTIR DE LA INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

Tal vez, en materia de protección de los derechos de las partes respecto a acreedores y terceros con interés, es el efecto que produce la inscripción del contrato.

El artículo 19 de la Ley N° 1295 dispone: *“La inscripción en el Registro produce los siguientes efectos:*

- a) el bien dado en arrendamiento no podrá sufrir embargo, desalojo o secuestro a pedido de terceros. La medida podrá anotarse para que surta efecto si el tomador no ejercitase la opción de compra;*
- b) el tomador no podrá enajenar ni constituir ningún gravamen, sobre el bien objeto del contrato, salvo de conformidad a lo previsto en la presente ley;*
- c) las anotaciones de litis trabados sobre el bien objeto del contrato en juicio seguido contra el dador, con posterioridad a la inscripción del contrato de arrendamiento, no impedirán la utilización del bien por el tomador, ni podrá disponerse su secuestro. Tampoco obstarán a la compraventa ni a la transferencia de la propiedad en favor del tomador; y,*
- d) autorizar al tomador a recuperar la utilización del bien y, cuando haya pagado su prestación y cumplido con todas las obligaciones estipuladas en el contrato de arrendamiento financiero para exigir su transferencia.*

El juez competente, previa citación con emplazamiento en forma, restituirá al tomador en la utilización del bien y otorgar, en su caso, el contrato de compraventa en representación del dador.

En caso de oposición, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 180 y siguientes del Código Procesal Civil”

26. LOS ACREEDORES DEL TOMADOR. DERECHOS

Los acreedores del tomador se encuentra en una situación muy particular, en razón de que no podrá ejecutar el bien tomado en leasing, aunque estuviera efectuando grandes pagos mensuales como cuota, en consecuencia sólo podrá ejecutar el bien si al final del contrato el tomador ejerciera su opción de compra e ingresara definitivamente el bien en su patrimonio. Sin embargo, podrá perfectamente darse que el tomador ante la amenaza del ejercicio de la acción ejecutiva por parte de su acreedor, pierda todo interés de ejercer la opción de compra.

Dispone el artículo 20 de la Ley N° 1295: “Los acreedores del tomador solo podrán subrogarse en los derechos de éste para ejercer la opción de compra.

Los embargos afectarán única y exclusivamente los créditos del dador contra el tomador por las cuotas pendientes de pago y por el pago del valor residual del bien objeto del contrato inscripto”.

27. FORMA DE CONSTITUCIÓN DE LAS ENTIDADES PARA OPERAR EN LEASING

Las sociedades de locación, arrendamiento o leasing financiero, deberán constituirse bajo la forma de sociedades anónimas, agregando a su nombre social la expresión de “Sociedad Anónima de Locación Financiera” o “Sociedad Anónima de Leasing Financiero”. Su capital debería estar representado por acciones nominativas. Además, deberá estar autorizado previamente por el Banco Central del Paraguay para su inscripción en el Registro correspondiente a las personas jurídicas, su capital mínimo es de Guaraníes 750.000.000, cuyo valor deberá actualizarse anualmente en función al Índice de Precios al Consumidor (IPC) calculado por el Banco Central del Paraguay (Arts. 3 y 4).

28. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Se podrán distinguir las obligaciones de las partes, según sea el dador o el tomador, de la siguiente manera:

29. OBLIGACIONES DEL DADOR

Como se ha visto el dador podrá celebrar contrato de leasing las filiales de las entidades autorizadas por la Ley 861, las sociedades de arrendamiento financiero, los importadores, los fabricantes, los distribuidores, los proveedores y empresas constructoras e inmobiliarias.

Las obligaciones se podrán sintetizar en los siguientes:

- a) En primer término, la adquisición del bien seleccionado por el cliente; luego debe entregar dicho bien al tomador. Tal adquisición en compra la empresa financiera realiza por su cuenta y riesgo y no actúa en representación del cliente.

Es el propio cliente quien obtendrá del proveedor la factura pro forma, cuya validez es por un plazo determinado y lo entregará a la empresa financiera, lo cual implica que el cliente conocerá perfectamente el costo del bien.

En caso de que el dador no fuera el proveedor del bien no responderá de los vicios o defectos del bien adquirido, debiendo el tomador ejercer sus derechos contra el proveedor (Art. 25 de la Ley N° 1295).

- b) La entrega del bien al tomador, en perfecto estado y funcionamiento si fueran maquinarias, aparatos etc., si fuera propietario es responsable por evicción y vicios redhibitorios. La responsabilidad objetiva del dador ante el tomador emergente del artículo 1847 del C.C.P. queda limitado al valor de la cosa entregada en locación, arrendamiento o leasing financiero, cuyo riesgo o vicio fuere la causa del dador (Art. 28 de la Ley N° 1295).

- c) Además del deber de respetar la tenencia del bien por parte del tomador, en el sentido de que no podrá introducir modificaciones en el bien objeto del contrato sin consentimiento del tomador, el dador tiene la obligación de contratar a su nombre los seguros que cubran los siniestros que puedan afectar a las cosas que las partes hayan establecidos como objeto del contrato y mantenerlos durante su vigencia incorporando al costo de las primas a las cuotas a cargo del tomador (Arts. 30 al 34 de la Ley N° 1295).
- d) El de realizar la venta al tomador, una vez cumplido el plazo y en las condiciones pactadas en el contrato.
- e) Las indemnizaciones por los siniestros serán aplicadas por el dador al pago de las reparaciones.

30. OBLIGACIONES DEL TOMADOR

- a) Recibir el bien, en el lugar y tiempo pactado, lo cual implica un deber de acondicionar si se requiere tal acondicionamiento para recibir el bien aludido.
- b) Efectuar el pago de la cuota periódica, en las condiciones convenidas y en el plazo estipulado.
- c) Acceder a cualquier inspección o verificación del bien, por parte de la entidad dadora del leasing, a los efectos de constatar el uso normal del mismo.
- d) La conservación en buen estado del bien, por parte del tomador. Por tanto, corren a su cargo los gastos de conservación o reparaciones necesarias para mantener el bien en perfecto estado de funcionamiento y el fiel cumplimiento de los programas de mantenimientos del fabricante.
- e) El uso normal del bien, lo que implica que cualquier abuso o mal uso del bien podrá dar lugar a alguna forma de ineficacia futura de la convención; es decir podrá resolverse el contrato.
- f) Destino de la cosa (art. 36).

- g) Efectuar el pago de los tributos que afecten al bien, impuestos, tasas y contribuciones.
- h) Efectuar el pago del valor residual, en caso de que adquiera en compra al cumplirse el plazo convenido y de acuerdo a las condiciones convenidas en el contrato.
- i) Efectuar el pago de la diferencia entre el valor residual y el precio de reventa. Para el caso en que el tomador no adquiera el bien, éste deberá subastarse y podrá ocurrir que el precio obtenido en la subasta no cubra el valor residual pactado; en consecuencia, el tomador deberá pagar dicha diferencia, si se hubiera pactado en el contrato.

Asimismo, es posible que el precio obtenido en la subasta sea superior al valor residual, en cuyo caso deberá pactarse que la diferencia corresponde al tomador.

- j) El tomador tiene el deber de comunicar dentro de los tres días cualquier turbación o molestias que reciba de terceros en el uso de las cosas, asimismo, la comunicación dentro del mismo periodo de tiempo cualquier siniestro que afecte a la cosa (Arts. 35 al 43 de la Ley 1295).

31. DAÑOS A TERCEROS

Esta constituye una innovación muy importante de la ley, en razón de que en este contrato aún no se produce la transmisión del derecho de propiedad, sin embargo, establece claramente que la responsabilidad civil por daños a terceros recae exclusivamente sobre el tomador.

Dispone el artículo 46: “La obligación de reparar el daño causado a terceros por la cosa objeto del contrato, conforme a los artículos 98, 1847 y concordantes del Código Civil, recaerá exclusivamente sobre el tomador, cuando el hecho haya ocurrido después de la recepción y antes de la devolución del bien.

Lo mismo ocurrirá respecto a cualquier responsabilidad administrativa en que pueda incurrirse en la utilización del bien”.

32. ASPECTOS PROCESALES

Debemos destacar algunos aspectos procesales que facilitan la utilización del contrato de leasing, pues permite, que por medio de un procedimiento rápido y efectivo pudiera hacerse valer los derechos emergentes del contrato, así podemos sintetizar en los siguientes:

- a) para el cobro de las cuotas vencidas, intereses, multas, o para el cobro de cuotas pendientes o valor residual el dador tiene la vía ejecutiva;
- b) el procedimiento para obtener la restitución de la cosa objeto del contrato es la ejecución de la obligación de dar cosas cierta mueble;
- c) el dador podrá tener el inmediato secuestro del bien y la cancelación de la inscripción, siempre que otorgue una fianza bancaria o depósito a la orden del juzgado para el caso de producir un daño al tomador por la restitución del bien;
- d) el tomador tiene derecho a oponer excepciones de acuerdo a los artículos 462 y 529 del Código Procesal Civil;
- e) cuando el leasing versare sobre inmueble, el desalojo se procederá conforme a lo establecido en el artículo 621 del Código Procesal Civil;
- f) para el cobro de cuotas en caso de inmueble destinado a vivienda se deberán observar los siguientes:
 - 1) si el tomador hubiera pagado menos del cuarto de la cantidad de cuotas, la mora sería automática y se procederá al desalojo;

2) si el tomador hubiese pagado más del cuarto pero menos del 75 %, el dador deberá intimar previamente al pago y luego de los 60 días, procederá a la demanda de desalojo;

3) si el incumplimiento se produjese cuando ya está habilitado de ejercer la opción de compra o hubiese pagado más de las dos terceras parte, el dador deberá intimarlo al pago y el tomador tendrá opción de pagar en el plazo de noventa días las cuotas adeudadas más los intereses o el valor residual que resulte del contrato (Arts. 58 al 64 de la Ley N° 1295).

33. CONVOCATORIA O QUIEBRA DEL DADOR O DEL TOMADOR

Como principio tenemos que la convocatoria de acreedores del dador o del tomador no resuelve el contrato. La quiebra del dador, tampoco resuelve el contrato, pues continuará por el plazo convenido, pudiendo el tomador ejercer su opción de compra en el tiempo convenido. Mientras las cuotas percibirán el Agente Síndico de Quiebras como administrador de los bienes del fallido.

Sin embargo, producida la declaración de quiebra del tomador el Síndico podrá optar según la necesidad continuar el contrato o resolverlo.

34. EXONERACIONES FISCALES EN NUESTRO PAÍS

Entre una de las grandes ventajas que ofrece el leasing, es justamente las exoneraciones fiscales, incluso no se justificaría si tal institución no gozara de dicha exoneración, como un incentivo de incorporar capital para la producción de bienes o servicios.

En efecto, la Ley N° 60/90 “que aprueba, con modificaciones, el Decreto-Ley N° 27, de fecha 31 de marzo de 1990, por el cual se modifica y se amplía el Decreto-Ley N° 19 de fecha 28 de abril de 1989 que establece el régimen de incentivos fiscales para la inversión de capital de origen nacional y extranjero”, en su Capítulo IV, se refiere a los beneficios que goza el arrendamiento financiero, respecto

a las exoneraciones fiscales, aduaneros e incluso municipales, en los siguientes términos:

Art. 10: “Los bienes de capital introducidos en el país por contratos de arrendamientos bajo la modalidad “leasing”, tendrán derecho a los beneficios establecidos en el artículo 5 de esta ley, de acuerdo con los reglamentos respectivos por el término de cinco (5) años, contados a partir del año siguiente a la fecha de la resolución por la cual se aprueba el proyecto de inversión”.

Art. 11: “Los bienes de capital de producción nacional bajo contratos de arrendamientos, bajo la modalidad “leasing”, tendrán derechos a los beneficios establecidos en las mismas condiciones y plazos establecidos en el artículo anterior”.

Debe destacarse los beneficios que concede el artículo 5° de la ley comentada, son los siguientes:

- a) Exoneración total de los tributos fiscales y municipales que gravan la constitución, inscripción y registros de sociedades y empresas.
- b) Exoneración referentes a emisión y transferencias de acciones de la sociedad constituida para la inversión.
- c) Exoneración total de los gravámenes aduaneros y otros de efectos equivalentes, incluyendo los impuestos internos de aplicación específica, sobre la importación de bienes de capital, materias primas e insumos destinados a las industrias locales, prevista en el proyecto de inversión.
- d) Liberación de cualquier tipo de encaje bancario o depósitos especiales para importación de bienes de capital.
- e) Exoneración total de los tributos y demás gravámenes de cualquier naturaleza que los prestatarios estén obligados a pagar.
- f) Exoneración del noventa y cinco por ciento (95 %) del Impuesto a la Renta proporcional a las ventas brutas, generadas por la inversión efectuada al amparo de esta ley, por un período de cinco (5) años contados a partir de la

puesta en marcha del proyecto, según el cronograma de inversión aprobado”.

Además, existen exoneraciones respecto a los tributos que gravan, alquileres, dividendos, etc.

35. REFORMA TRIBUTARIA. LEY N° 125

La Ley N° 125, conocida como la “Reforma Tributaria”, al regular el IVA, Impuesto al Valor Agregado, en su artículo 83 establece un régimen de exoneraciones y específicamente en su inc. e) dispone: se exoneran “Bienes muebles de aplicación directa en el ciclo productivo industrial o agropecuaria, introducidos por los inversionistas que están en proceso de primera instalación, amparados por la Ley N° 60/90 del 26 de marzo de 1991. La presente exoneración no será de aplicación si existe producción nacional de los referidos bienes”.

Actualmente la Ley N° 1295, establece un tratamiento tributario, regulado desde los artículos 69 al 72, introduciendo algunas variantes, como por ejemplo la exigibilidad por parte de la Aduana de una fianza al dador, salvo que presente el contrato de leasing. En este caso, la aplicación del IVA queda en suspenso.

También se debe destacar, que la nueva ley respeta los reconocimientos establecidos en la Ley N° 125, asimismo, por el régimen de exoneración cuando el tomador se encuentre amparado bajo el régimen de exoneración total o parcial. Sólo en caso de incumplimiento, se cancelarán los beneficios y se pagarán los tributos, dicha obligación estará a cargo del tomador.

Igualmente se debe de destacar que se designa Agente de retención de los impuestos a la renta y al valor agregado al tomador, cuando el contrato es con un proveedor del exterior.

36. ANÁLISIS DEL SISTEMA FRANCÉS. EL CREDIT - BAIL

En Francia en el año 1966, del 2 de julio, N° 66-645, posteriormente modificada según ordenanza del 28 de setiembre de 1967 esta última introdujo el leasing inmobiliario. El artículo 1° de la referida ley, establece claramente la distinción existente en cuanto al leasing sobre bienes muebles y bienes inmuebles, con respecto a la locación financiera de bienes muebles la referida ley establece:

“Las operaciones de locación de biens d' equipment o de matériel d'outillage adquiridos con vista a la locación misma por empresas que permanecen sus propietarios, cuando estas operaciones, cualquiera sea su determinación, den al locatario la facultad de adquirir todo o parte de los bienes locados, mediante un precio convenido teniendo en cuenta, al menos en parte, los pagos efectuados a título de cánones de locación”.⁶

De la referida definición resulta algunos elementos distintivos del crédit - bail, con la exigencia de la existencia de una empresa, haciendo de éste una profesión habitual. Tal consideración se justifica por al ámbito de operatividad de la técnica a los sectores de los bienes de equipamientos y material de utilidades.

Así mismo, en el crédit - bail, los bienes deben ser adquiridos por el locador para luego dar en locación financiera, por tanto existe una operación tripartita, la adquisición de los bienes por el futuro locador, pero indicado por el futuro tomador y luego para formalizar el contrato de leasing.

LEASING INMOBILIARIO. En esta materia, como ya habíamos dicho más arriba, fue introducido según el artículo 1° de la Ordenanza del 28 de setiembre de 1967, y se define en los siguientes términos: “son aquellas operaciones a través de las cuales una empresa da en locación bienes inmobiliarios para uso profesional, comprados por ella o construidos por su cuenta, cuando estas

⁶ Buonocore Vincenzo, Fantozzi Augusto, Alderighi Massimo, Ferrarini Guido. “El leasing”. Pág. 232 y sgts.

operaciones, cualquiera fuera su calificación, permiten a los locatarios convertirse en propietarios, de todo o de parte de los bienes alquilados, a más tardar a la fecha de expiración del arrendamiento, ya sea por la sesión en ejecución de una promesa unilateral de venta, ya sea por adquisición directa o indirecta de los derechos de propiedad del terreno sobre el cual han sido edificados el o los inmuebles alquilados, ya sea por la transferencia de pleno derecho de la propiedad de las construcciones edificadas sobre el terreno perteneciente al locatario”.⁷

Se debe destacar que la referida ordenanza impone una limitación al destino del *crédit - bail*, en el sentido de circunscribir a operaciones destinados al uso profesional.

El uso profesional podrá incluir al ejercicio de las profesiones liberales, comerciales e industriales; sin embargo, lo que obviamente excluye es la vivienda familiar, esto según el autor citado precedentemente, es por el régimen especial con que cuenta la vivienda familiar.

EN BÉLGICA: Al igual que en Francia en el año 1967, fue promulgada la ley N° 55, del 10 de noviembre, donde se establece un requisito análogo al estudiado precedentemente. Para que exista *Location - financement* es necesario que los bienes hayan sido adquiridos especialmente por el locatario en vue de sa locati6n et sur les sp6cifications du futur locataire (Art. 1). Se trataría siempre de una calificación de un contrato de locación financiera, con todas las características de *leasing* que estamos estudiando.⁸

⁷ Garrido, Garrido Cordobera, cita a Gilbert Pace. “La convention de *crédit - bail immobilier*”, 1a. ed., París, 1974.

⁸ Según Buonocore y otros, mencionando a L. Vincent y P. Dehan, en un comentario, *Le statut legal du “leasing”*, en *Journal Tribunaux*, 1968, Pág. 73, *ibid.*, Pág. 74, sostienen que la legislación belga establece una relación de goce del bien, en principio es una locación. Por otro lado, el procedimiento particular para la formación del contrato (en el *leasing*), la medida elevada del correspondivo, la presencia de una opción de compra. El *leasing*, en sustancia, será una operación compleja, en el ámbito de la cual el esquema de la locación encontrará a una nueva forma de utilización.

37. NECESIDAD DE UNIFICACIÓN DEL SISTEMA EN EL MERCOSUR

Resulta evidente la necesidad de una legislación unificada, si fuera posible en el mercado internacional, pero particularmente en forma indispensable se impone en el Mercosur.

En primer término una denominación uniforme, teniendo en cuenta que el leasing, es conocido mundialmente, sin embargo, en países iberoamericanos se conoce como arrendamiento financiero, en algunos países con el en Brasil como arrendamiento mercantil, según los términos utilizado por la Ley N° 6.099 del 12 de setiembre de 1974, y las modificaciones introducidas por la Ley N° 7.132 de 26 de octubre de 1983 y el reglamento dictado por el Banco Central del Brasil. Sin embargo, existen similitudes y aproximaciones en las denominaciones, lo cual facilita toda tarea de unificación.

Con relación a quienes podrán operar en esta modalidad, para beneficiarse por la ley, en materia de exoneraciones tributarias internas e igualmente subentendiéndose exoneraciones de impuestos a productos provenientes de los países vinculado al tratado del Mercosur, existe una coincidencia en el sentido de constituirse una persona jurídica, autorizado en cada caso por el Banco Central del País respectivo, conforme al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Por otro lado, en materia de derechos y obligaciones de las partes, surge una necesidad de unificar los derechos reales del arrendador debe hacerse valer contra el síndico en caso de quiebra y contra los acreedores incluyendo los acreedores que hayan conseguido orden de ejecución de los bienes, tal como lo prevé la nueva Ley paraguaya 1295/98.

En cuanto a los bienes incorporados al suelo, para preservar los derechos del arrendador, contra los derechos reales del arrendatario, a los efectos de su discusión debe seguirse el principio de la *lex rei sitae*.

Igualmente debe considerarse la exoneración de responsabilidad del arrendador sobre la calidad de los bienes arrendados, en razón de haber seleccionado el propio arrendatario, así mismo la responsabilidad frente a terceros en caso de ocasionar daños.

El arrendatario debe ejercer el uso normal del objeto.

El arrendatario podrá rechazar los equipos si no se sujeta a los términos del contrato.

Podrá pactarse de manera uniforme una cláusula resolutoria, en virtud de la cual cesa los efectos del contrato, estableciendo el deber de restitución del equipo, más el pago de la indemnización.

El arrendatario, podrá ceder sus derechos emergente del contrato, con el consentimiento del arrendador.

De conformidad al protocolo suscripto en Buenos Aires en el Año 1994, para las contiendas se podrá pactar expresamente la competencia, o en su defecto, en el lugar de ejecución del contrato o a elección del acreedor, uno de los domicilios de las partes.

El porcentaje que debe representar el valor residual y la posibilidad de su actualización. Igualmente, el reajuste para el caso de prórroga del contrato de arrendamiento.

En materia de fuentes de recursos de las empresas financieras que operan en leasing, debe igualmente regularse en forma uniforme, de tal manera si existiera empréstitos contraídos directamente del exterior, o de uno de los países firmantes del tratado, debe gozar de alguna preferencia impositiva, lo mismo referente a la emisión de títulos y debentures, cuya circulación entre los países signatarios será común, que deberá ser autorizados por el Banco Central de cada país y la Comisión Nacional de Bolsas u otro equivalente.

Cuando deberán obtenerse recursos del público, obviamente debe estar rigurosamente controlado por el Banco Central de cada

país, sin embargo, nada impide que se uniforme el sistema jurídico para el control.

Finalmente se podrá concluir que este contrato comercial, moderno, representa una gran utilidad para el desarrollo industrial y comercial de los pueblos, ofreciendo múltiples beneficios a las empresas y como consecuencia a todo el sector productivo; con lo que surge como un imperativo una regulación común para facilitar su practica constante entre los países que integran el Mercosur.

38. SITUACIONES PARTICULARES EN EL BRASIL Y URUGUAY

En el Brasil se conoce la figura como arrendamiento mercantil, se reconoció por Ley N° 6.099 del 12 de septiembre de 1974, posteriormente modificada por Ley N° 7.132, del 26 de octubre de 1983 y luego reglamentada por el Banco Central del Brasil, según Resolución N° 980 del 13 de diciembre de 1984.

Tavares Paes, jurista contemporáneo, explica que en el Brasil se halla muy difundida la figura, principalmente en el sector del transporte y manifiesta: "El leasing ocupa un lugar de relevancia en las técnicas de financiamiento. Contrato que ya medró en nuestro medio antes de su reglamentación e impuesto por interés de orden práctico, representa en la mayoría de las veces una opción entre la compra a la vista y a plazo. Sobre la prisma del Derecho substantivo, el instituto todavía está reclamando un mejor estudio".⁹

En el Uruguay, cabe mencionar la Ley N° 16.072, modificada por la Ley N° 16.205, que amplía el campo de aplicación del leasing a los inmuebles.

39. BIBLIOGRAFÍA

- 1) Garrido, Garrido Cordobera, El leasing Inmobiliario. Editorial Universidad. Buenos Aires 1990.

⁹ Tavares Paes, Paulo Roberto. Leasing, 2da. Edición, revisada y ampliada. Editora Revista Dos Tribunais Ltda. SP, Brasil, año 1993.

- 2) Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa- América. Buenos Aires, 1979.
- 3) Borda Guillermo A., Manual de Contratos, 3a. Edición, Editorial Perrot. Buenos Aires 1968.
- 4) Barbosa Luis Guillermo, Castaño de Barbosa Marlene, Contratos Bancarios. Editorial Temis. Bogotá 1978.
- 5) Camp Ausina, Carlos. Ley de Quiebras concordada, anotada, sus fuentes y jurisprudencia actualizada. Editorial el Foro. Asunción 1989.
- 6) Granada Miñarro, César. Régimen Jurídico de los Bancos y otras Entidades Financieras de la República del Paraguay.
- 7) Ennecerus, Kipp y Wolff. Tratado de Derecho Civil, Editorial Bosch, Tercera Edición. Barcelona 1931.
- 8) Anteproyecto del Código Civil Paraguayo. Editorial El Gráfico. Asunción 1964.
- 9) Villegas, Carlos Gilberto, Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la Actividad Bancaria, Editorial Depalma. Buenos Aires 1989.
- 10) Molle Giacomo, Manual de Derecho Bancario, Segunda Edición, Editorial Abeledo - Parrot. Buenos Aires 1994.
- 11) Torres, Pedro E., El Crédito Documentado, Editora Platense, Segunda Edición. La Plata 1967.
- 12) Udagawa Arrechea Segundo, Legislación Bancaria Paraguaya, 6a. Edición. Asunción 1988.
- 13) Argaña, Luis A, Tratado de Derecho Mercantil, Reedición, Editorial el Foro. Asunción 1983.
- 14) Rengifo, Ramiro, El crédito Documentado, Las Cartas de Crédito, Segunda Edición, Editorial Témis. Bogotá 1983.
- 15) Astolfi, Andrea, El contrato Internacional de Joint Venture. Editorial Depalma. Buenos Aires 1986.

- 16) Velázquez, Ernesto. La Letra de Cambio, Editorial La Ley Paraguaya. Asunción 1994.
- 17) Gherzi, Carlos Alberto, Obligaciones Civiles y Comerciales, Editorial Astrea. Buenos Aires 1994.
- 18) Rahi Arturo, Bancos, Teoría, Práctica Controles. Primera Edición. Asunción 1991.
- 19) Ríos Avalos, Bonifacio. Introducción al Estudio de los Hechos y Actos Jurídicos en El Código Civil Paraguayo, Segunda Edición. Asunción 1995.
- 20) Torres Kirmser – Ríos Ávalos – Moreno Rodríguez, Derecho Bancario – La Ley Paraguaya S.A. – Año 1995
- 21) Salas - Trigo Represas, Código Civil Anotado, Editorial Depalma. Buenos Aires 1984.
- 22) Rodríguez, Alfredo C. Técnicas y Organización Bancarias. Ediciones Macchi. Buenos Aires 1980.
- 23) Escobar, Jorge H., Contratos Bancarios, Segunda Edición, Editorial El Foro. Asunción 1988.
- 24) Garriguez, Joaquín. Contratos Bancarios. Madrid 1958.
- 25) Buonocore Vincenzo, Fantozzi Augusto, Alderighi Massimo, Ferrarini Guido. El Leasing, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires 1990.

“LA LESIÓN EN EL
CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO”



LA LESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARAGUAYO

Juan Luciano Mareco*

1. INTRODUCCIÓN

A diez años de la entrada en vigencia del Código Civil Paraguayo, como una valoración retrospectiva de sus efectos en la vida ciudadana de nuestro país, se hace oportuno destacar una de sus innovaciones más importantes, el instituto de la lesión en las relaciones jurídicas contractuales.

Este breve estudio pretende analizar su aspecto técnico jurídico y su proyección en las esferas de las relaciones económicas cotidianas del hombre común de nuestra sociedad.

Una definición comprensiva de lo que se halla plasmada en el artículo 671 del Código Civil Paraguayo es la que trae María Sol Zuccolillo Garay - en su obra "La teoría de la lesión en los Actos jurídicos" - pág. 34 - y atribuida a Ossipow. La misma dice: "La lesión es el perjuicio económico experimentado por una de las partes, en el momento de la conclusión del contrato, consistente en la desproporción evidente entre las prestaciones intercambiadas, determinada por la explotación de miseria, ligereza o inexperiencia".

Con ser comprensiva esta definición, no acierta a caracterizar con precisión el alcance del instituto consagrado en nuestra disposición legal, puesto que ella no se limita a organizar, sus

* Abogado y Escribano, por la Universidad Nacional de Asunción, Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Guairá y Caazapá, Profesor de "Obligaciones" y "Derecho Procesal Penal" de la Universidad Católica, Sede Regional Villarrica.

componentes internos, sustanciales sino además adelanta un mecanismo procesal.

El artículo 671 del Código Civil dice textualmente: “*Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada, desproporcionada con la que recibe el otro, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de éste, podrá el lesionado, dentro de dos años demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa. La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir la explotación, salvo prueba en contrario.*”

El demandado podrá evitar la nulidad ofreciendo esa modificación, que será judicialmente establecida, tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación”.

La construcción formal de la norma responde al condicional lógico: Si uno de los contratantes - obtiene una ventaja desproporcionada, manifiestamente injustificada, en detrimento del otro contratante, explotando su necesidad la inexperiencia o ligereza. Entonces: éste (el explotado) podrá demandar la nulidad del contrato o su modificación equitativa.

La enunciación normativa conforma un sistema estructural en cuyo interior se vinculan unos elementos conceptuales que se corresponden exacta y simultáneamente.

Esta estructura se forma con la presencia de elementos objetivos y subjetivos; los que se ordenan ante un examen analítico:

El primer elemento del sistema normativo se relaciona con el tipo de contrato; el que debe ser bilateral y oneroso.

En general no podría reclamarse la nulidad por lesión resultante de contratos unilaterales por cuanto en este tipo de contratos, solo una de las partes se obliga a favor de la otra. No existiría la desproporción de las prestaciones, como elemento básico.

Lo destacable de nuestra norma del artículo 671 del Código Civil; es que siguiendo el modelo más avanzado, como del Código Suizo de las obligaciones, extendió la aplicación de la nulidad por lesión a todas clases de contratos bilaterales onerosos, sin limitarse como ocurre en algunas legislaciones al único caso de compraventa (Francia). Obviamente, dentro del contrato bilateral oneroso es donde se da la posibilidad de la desproporción entre las prestaciones intercambiadas y la reciprocidad de éstas prestaciones; da lugar a la falta de equivalencia entre las mismas.

El siguiente elemento a ser tenido en cuenta es la desproporción manifiesta e injustificada entre las prestaciones. Constituye elemento objetivo y, la dificultad que opera es saber a cual margen de variaciones de valores reunidos para determinar la existencia de desproporción.

Algunos Códigos como el francés, establece “a priori” el perjuicio por más de 12 avas partes del precio.

En nuestro caso se deja librada a la decisión judicial, que deberá considerarla con relación al elemento subjetivo del aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado.

No habrá lesión, sin la simultánea concurrencia del elemento objetivo (desproporción) y el elemento subjetivo (aprovechamiento).

La calificación de manifiesto debe resultar fácil de apreciar, porque se presenta como chocante o escandaloso.

La falta de un respaldo justificado añade a la operación contractual el otro elemento, para su consideración. En esa inteligencia no habría lesión en las subastas judiciales, porque es propio de la naturaleza del acto, la posibilidad de la desproporción de las prestaciones.

Respecto del aprovechamiento, se da por descontado que debe mediar una actuación específica de parte de quien es

beneficiado. Esa actuación opera en el estado de evidente desigualdad de los contratantes. Como quien ocupando una posición dominante explota la inferioridad del otro, e imprime su accionar con el conocimiento exacto o calculo próximo de un resultado favorable a su interés.

El artículo 671 hace una enunciación de las circunstancias de necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado, como las que permiten al contratante en posición dominante a explotarlas en su beneficio.

Debe admitirse que la enumeración es meramente enunciativa, cuanto que puede integrar el elenco de condiciones, otras circunstancias implicante de inferioridad de una de las partes respecto de la otra, que lo explota en la formalización del contrato.

Con acertado criterio jurídico la norma no habla de estado de necesidad, simplemente refiere a la necesidad. Con ello se evita equívocos, por cuanto que el concepto que recoge el Derecho Penal, de lo que es el Estado de necesidad, como el que conforma la hipótesis de la legítima defensa, es de un contenido diferente.

Reunidos como están, los elementos integrantes del sistema normativo, conviene averiguar el momento en que se produce la lesión.

El artículo 671 del Código Civil expresamente lo esclarece “tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato”.

Es la característica que la diferencia del instituto de la imprevisión (art. 671 C.C.) en donde la mayor onerosidad de las prestaciones se produce en el espacio de tiempo que corre desde la celebración del contrato y su cumplimiento diferido.

Pero es también condición para la procedencia de la anulación por lesión que las desarmonías notorias y manifiestas subsistan al tiempo de intentarse la reclamación de nulidad o la modificación del contrato. La enunciación normativa tiene alcance

comprendido de los dos momentos cuando dice: "...tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y su modificación".

Esta última condición determina implícitamente una equivalencia entre las partes, evitando la posibilidad de que el lesionado pretenda la nulidad o modificación cuando ya desaparecieron los perjuicios que se le habían causado.

Por ello, es un principio general que cuando las desarmonías entre las prestaciones desaparecen, por causas objetivas, ajenas a la acción y voluntad de las partes, no precede la acción por lesión.

2. EFECTOS Y CARACTERES DE LA NULIDAD

La lesión torna ineficaz el acto infectado por ella y provoca su nulidad. La norma concede al lesionado otra opción la de pedir la modificación o reajuste de las prestaciones asimétricas, pero no se limita a estas dos opciones, también atribuye al demandado lesionado la potestad de ofrecer la modificación o el reajuste.

Entonces estamos en presencia de una categoría de actos confirmables (art. 388 y sgtes.).

El Código Civil Paraguayo, en su Sección VII, Libro II, artículo 355 y siguientes establece la categoría de actos nulos y anulables. La característica de los actos nulos, es que a su respecto se tiene por no existentes. No son objetos de confirmación, la acción de su impugnación no prescribe (art. 657). Pueden ser declaradas de oficio por el Juez o a pedido del Ministerio Público. Por su parte los actos anulables, son confirmables; la acción de impugnación debe ser ejercido por el particular afectado y esa acción es factible de prescripción por el transcurso del tiempo fijado en la ley. Concluyentemente la categoría a la que pertenece la lesión, en orden a las nulidades, es la de los anulables.

Pero, he aquí, que desde el punto de vista de su inserción en el Código Civil Paraguayo, la lesión adquiere una singularidad

dogmática especial, que lo diferencia, por ejemplo de la ubicación que tiene en la legislación argentina.

El artículo 761 se halla ubicada en el Capítulo I del Título I del Libro III, Disposiciones Comunes para los Contratos en General, mientras que el artículo 954 del Código Civil Argentino se halla ubicado en lo referente a los vicios del consentimiento.

La formulación doctrinaria paraguaya, apunta a señalar que la lesión no compromete por sí misma los elementos internos de la voluntad que hacen a la validez del contrato y que son el discernimiento, intensidad y libertad; si no mas bien es un defecto que afecta la buena fe negocial.

Esta consiste en un concepto poco entendido en el reducido campo del ejercicio de los derechos contenciosos, pero que abarca el gran sector de operaciones en la llamada Normalidad jurídica; un espacio de aplicación, de cumplimiento espontáneo y regular de normativas jurídicas, pero sin su evidente percepción; un escenario donde los sujetos de derechos, compran, venden, negocian, asumen y aceptan compromisos, se intercambia derechos e intereses; se formalizan contratos, se documentan obligaciones, todas, dentro del marco de legitimidad de la ley; pero sin intervención de ningún órgano jurisdiccional, ni contencioso administrativo.

Estos sujetos intervinientes, llevan adelante sus operaciones en el marco previsto en el Código Civil, pues eso les permite legalidad y legitimidad a sus transacciones.

El fenómeno observado cotidianamente, es la presencia y febril actividad de los operadores del sistema de la normalidad jurídica. Estos operadores junto al cumplimiento de las formas rígidas contractuales; acercan a sus transacciones como un elemento de relevancia social y política, la buena fe negocial, que finalmente constituye la concreción inmediata de la justicia conmutativa. Este permite llenar el marco legal referencial, con un contenido muy variado pero de tangible valor económico y jurídico, como son las equivalencias de prestaciones, verificación de valores, razonabilidad

de ofertas y demandas; actualización de valores de cambio y otras sutilezas por todos conocidas y se concluye con sus propias reglas a la coronación en cada negociación con el cumplimiento de la seguridad jurídica.

Recién cuando se violentan éstas reglas del mercado es que la especie se convierte en una cuestión conflictiva y debe ser llevada a conocimiento de un Juez.

Para el restablecimiento de la normalidad jurídica violentada, el juez aplica las mismas normas del Código Civil o Comercial, que no constituye un orden normativo diferente al que cotidianamente aplican los ciudadanos en sus relaciones jurídicas. No existen unas normas para la normalidad y otras para lo conflictivo, puesto que se tratan de dimensiones del mismo orden jurídico.

Desde la perspectiva que acabamos de dibujar puede verse al instituto de la lesión, cuando un instrumento programático tendiente a la mayor igualdad entre los ciudadanos.

Un reconocimiento de la necesidad de igualar a los desiguales en el plano de la participación en lo económico.

Un mecanismo amortiguador de los efectos perniciosos que producen la amplia libertad de contratar que caracteriza nuestro sistema, la cual permite el abuso del fuerte frente al débil puestos a operar en un plano de competitividad igualitario.

3. SUS ASPECTOS PROCESALES

Cuando se examinó la definición (de Ossipow) sobre el instituto de la lesión, anticipábamos que la misma no comprendía toda la complejidad inserta en el artículo 671 del Código Civil y nos referíamos al mecanismo procesal que le acompaña.

En efecto, la norma concede dos acciones al lesionado, la primera es de nulidad del acto con el alcance señalado precedentemente, la otra es la de modificación.

¿Cómo se relacionan estas dos acciones atribuidas a un mismo sujeto, el lesionado?. Ejercitada una, la de nulidad, se descarta la de modificación. Se establece entonces una relación de subsidiariedad; una acción principal la de nulidad y en subsidio la de modificación.

Pero la norma, no se limita a conceder estas acciones al lesionado y acuerda así mismo una acción a favor del lesionante para evitar la nulidad; la de modificación, cuyo cuanto contenido debe ser judicialmente establecida tomando en cuenta las circunstancias al tiempo del contrato y de su modificación.

El aspecto procesal no se agota al conferir acciones, también abarca su consideración sobre el aspecto probatorio, cuando establece la presunción de explotación. “La notable desproporción entre las prestaciones hace presumir las explotaciones salvo prueba en contrario”.

Esta presunción es *juris tantum* y deriva la carga de la prueba a quien la contradiga.

Otro aspecto que tiene relación con las condiciones del ejercicio de la acción es el plazo de dos años, que la norma no precisa desde que momento debe computarse.

Por una mínima preocupación sobre la necesidad de estabilidad de las transacciones, debe dejarse fijado el momento en que comienza a correr la prescripción de la acción por lesión.

Es diferente el caso argentino donde la norma establece: “cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto”.

Esta cuestión lleva a inferir si la acción planteada por lesión puede ejercerse desde que cesó el estado de inferioridad, o desde que se constató el aprovechamiento o explotación del que fue víctima el accionante, o finalmente desde que el beneficiario obtuvo la ventaja manifiesta e injustificada.

Por lógica secuencia permite concluir que el plazo de prescripción corre desde la obtención efectiva de la ventaja injustificada. La norma arranca diciendo: "Si uno de los contratantes obtiene una ventaja manifiestamente injustificada".

Desde luego que si no se concreta la referida ventaja manifiestamente injustificada, no se hallaría configurada el supuesto de hecho, autorizante de la acción por lesión.

No es común que una norma, no se limite a su contenido preceptivo, donde es suficiente establecer que cumplido la condicionante, entonces se produce el resultado o efecto jurídico. Y que establezca al mecanismo procesal, concediendo acciones y caracterizando la prueba.

En esta situación no sólo se declara la protección de un derecho sustancial, sino que se habilita el dispositivo procesal, pertinente, lo cual invade técnicamente un ámbito netamente abjetivo del derecho procesal.

No se trata del primero ni el único. Históricamente el derecho de propiedad o dominio, no sólo es declarado y amparado ampliamente; sino que se instituye en el Código Civil la acción que la autoejecuta, la reivindicación.

4. EFECTOS GENERALES

¿Que efectos ha producido, la aplicación de la normativa en el ámbito de los negocios formalizados?.

Desde su aplicación advino un difícil periodo de reajuste respecto de la consignación de valores en las escrituras públicas, documentarias de los contratos bilaterales y onerosos, que por su volumen abarcan la mayor cantidad de operaciones.

Tradicionalmente, los valores consignados resultaban meramente simbólicas, puesto que su fusión no consistía en la

representación de las equivalencias de las prestaciones: sino simplemente era la base imponible a los efectos administrativos y fiscales.

El elemento determinante en todo contrato siempre fue la declaración de voluntad prestado dentro de las formas y solemnidades legales, con esos recaudos producía todos sus efectos jurídicos.

Cuando sobrevino la posibilidad de que cualquier vendedor percatado de la exigüidad del monto consignado como precio de su venta; podía demandar por lesión, sus efectos no se hizo esperar. Se hizo una movilización de los Escribanos Públicos, operadores del sistema de la Normalidad jurídica; de las grandes y pequeñas empresas, de la banca y las finanzas, del hombre común; y al poco tiempo con gran ruido como aguaceros tropicales propios de nuestro país, la crisis explotó y pasó. A partir de ese momento se puso en pie el nuevo régimen.

Sus efectos, benéficos se observan plenamente.

Existe mayor realismo en los términos contractuales; los datos contables adquirieron mayor confiabilidad y finalmente produjo mayores beneficios a las arcas fiscales y municipales.

En consecuencia de todos estos avances, en una visión retrospectiva se tiene la impresión cierta de que el ámbito de negociaciones contractuales, adquirió mayor seriedad a partir de la aplicación de la normativa del artículo 671 del Código Civil.

Tomando en consideración los efectos producidos sólo por este instituto entre otros, contenidos en el Código Civil Paraguayo, podemos arribar a la conclusión fácil de que el monumental esfuerzo que significó el trabajo legislativo de su entrada en vigencia y de su aplicación por jueces y ciudadanos hace 10 años, se halla plenamente justificado. Está cumpliendo su función generadora de paz social.

“CANCELACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE TÍTULOS
VALORES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS
QUE LOS RIGEN”

CANCELACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE TÍTULOS
VALORES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS
QUE LOS RIGEN

Carmelo Castiglioni*

I. INTRODUCCIÓN

La cancelación de los títulos valores es la acción utilizada por el legitimado de un título para privarle unilateralmente y por vía jurisdiccional de su eficacia circulatoria cuando éste fuese extraviado o fuese sustraído y no esté determinada la persona que lo detente, de modo que una vez probado su mejor derecho sobre el título pueda obtener la declaración judicial de su privación de eficacia circulatoria en contra de todos y, oportunamente, obtener a su favor la prestación prometida en el título. Esta acción es específica para los títulos de crédito, y se motiva en que no funcionan en él las reglas del derecho de propiedad, y como por el principio de irrevocabilidad que sustenta a los títulos de crédito no puede arrepentirse y revocarse la obligación

* Abogado por la U.N.A. en el año 1981. Título de Doctor en Ciencias Jurídicas por la U.N.A., con calificación "cum laude", con el tema: "*Ubicación de los títulos de crédito en la sistemática del Código civil – efectos*". Año 1989. Miembro del Tribunal de Apelaciones -Primera Sala- de la Circunscripción Judicial de Itapúa. Profesor de Introducción a las Ciencias Jurídicas, en la Universidad Católica, Sede Regional Itapúa –años 1996 –1997- 1998. Profesor Auxiliar de Cátedra de Derecho Comercial II años 1996 y 1997. Publicaciones: "*Títulos de crédito en el Derecho Paraguayo*". Año 1990. Editorial El Foro. "*El Cheque en el Código Civil Paraguayo*". Año 1993 Primera Edición. Editorial El Constitucionalista. Segunda Edición año 1994. "*La Interpelación del Cheque en sede de la Jurisdicción Criminal*". Año 1993. Editorial El Constitucionalista. "*Sociedades Anónimas. Designación de Directores*". Editorial el Constitucionalista. Año 1995. Monografías publicadas: En la Revista de Jurisprudencia del Sur. Año 1. N° 1. "*Vigencia del pago para el Cheque*". En la Revista de Jurisprudencia del Sur. Año 2. N° 1. "*Estructura funcional de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*".

en forma unilateral se le otorga al juez la facultad de hacerlo en los casos necesarios. Es para contrarrestar la irrevocabilidad unilateral de los títulos de crédito que la ley le otorga al afectado de esta clase de documento la posibilidad de obtener la revocación vía judicial, siempre que concurren los presupuestos que lo autorizan a ejercerlo.

La reivindicación, es una acción real para retornar a su anterior poseedor una cosa mueble o inmueble para el que perdió la posesión de la cosa por un medio antijurídico. Y, como cosa mueble que es el título de crédito, también se previó en el artículo 1.506 del Código Civil para el titular de un título para rescatarlo del poder de otra persona determinada que lo detente por cualquier razón no justificada jurídicamente. En el caso específico de los títulos de crédito, está otorgada exclusivamente cuando el detentador sea de mala fe y sea una persona determinada. En esto último está la diferencia entre el procedimiento cancelatorio y el de reivindicación.

Los títulos valores, que son documentos negociables por oferta pública, también están expuestos a la posibilidad de ser sustraídos o extraviados por lo que el detentador que llegue a esta circunstancia también necesita encontrar algún recurso jurídico para remediar esta situación, de ahí surge la necesidad de verificar si la vía de la cancelación o la reivindicación de los títulos de crédito resultan aplicables a los títulos valores, teniendo en cuenta que en la Ley N° 1284/98 no están previstas en forma específica, como lo fueron en su antecedente la ley derogada. Los títulos valores tuvieron un régimen especial de cancelación y de reivindicación en la Ley N°94/91 ahora derogada por la ley vigente, lo cual lleva a plantearnos si esta omisión significa que se le aplican las disposiciones para la cancelación y reivindicación de los títulos de crédito, a cuyo efecto debe aceptarse la tesis de que los títulos valores son una especie del género títulos de crédito. De cualquier forma corresponde analizar previamente la situación planteada con la naturaleza jurídica de los títulos valores y, recién después, plantearnos si el procedimiento cancelatorio o de reivindicación de los títulos de crédito le resulta aplicable a los títulos valores y, además, si haciéndolo no se alterarían los principios que lo sustentan.

También debemos discurrir si fue acertada la política legislativa de prescindir en la nueva ley de un procedimiento cancelatorio específico para los títulos valores, atendiendo a la particularidad de esta clase de título, que se distingue por ser de oferta pública, pero que una vez inscriptos en el Registro de Valores pueden negociarse en transacciones públicas y privadas y en operaciones primarias o secundarias.

Esta preocupación en el procedimiento cancelatorio, está motivada más que nada, en que la cancelación o la reivindicación del título debe ser un recurso excepcional. Su mal uso puede convertirlo en un medio que desnaturalice a esta clase de título que se sustenta en la apariencia, teniendo en cuenta que la finalidad del procedimiento cancelatorio es truncar la posibilidad de circulación regular del título en casos bien específicos.

2. NATURALEZA DE LOS TÍTULOS VALORES

El planteamiento de cual es la naturaleza jurídica de los títulos valores, en nuestro medio ha sido una materia de poca preocupación entre los juristas, tal vez ocasionada por el escaso movimiento bursátil, pero que, para nuestro estudio, es necesario encararlo someramente para dilucidar el tema de la cancelación o reivindicación de los títulos valores.

En la doctrina brasileña, y en el derecho comparado en general, esta es una cuestión muy debatida pero por lo general concluyen la mayoría de los autores, de alguna u otra forma, que los títulos valores son una especie de títulos de crédito. Al respecto el brasileño Prof. Philomeno Joaquín da Costa, citado por Waldirio Bulgarelli, nos dice que no obstante de adscribirse a la tesis de que los títulos valores son títulos de crédito le niega valor científico a esta conclusión, más que nada fundado en que la mecánica de negociación de los títulos valores crea una aproximación entre los oferentes y compradores de títulos valores que por este solo hecho le da una particularidad a los títulos valores en cuanto a su negociación o circulación por la aproximación, y desde luego afecta algunos de los principios de los títulos de crédito, como tal, pues estos se rigen por la

apariencia en tanto que para los títulos valores no es exactamente así, porque la negociación tiene inclusive carácter de instrumento público que prevalece sobre la apariencia cuando se hace por intermediarios autorizados por la ley. No obstante que este autor reconozca a los títulos valores como una especie de los títulos de crédito niega con todo la calidad de título de crédito a las acciones nominativas por causa de que su circulación es restringida. Y, así mismo, también niega este carácter a las acciones escrituradas y registradas y, aclara que, aunque reconoce a las acciones societarias como título de crédito, hace la reserva de que la transferencia depende del registro en los libros sociales, y transfiriéndose los derechos sin exhibición del documento, ya no es más el documento necesario para el ejercicio literal y autónomo que se contienen en él, que en definitiva es lo que le hace tal a los títulos de crédito. Este autor cita también el caso de las acciones nominativas de circulación restringida por el estatuto social, a la cual tampoco reconoce carácter de título de crédito. Haciendo una traducción aproximada, el autor citado concluye que *“Todo hace indicar que la noción de títulos valores viene siendo encaminada en el sentido de encuadrarla en el papel y en la técnica de negociación en masa (o en serie) indiferente a la cuestión de si el documento o papel de comercio constituya o no título de crédito”*.

Por su parte, Waldirio Bulgarelli concluye que la configuración de los títulos valores se debe a su negociabilidad masificada y por oferta pública, tal vez, a ese propósito debe resaltarse el carácter infungible de los títulos individuales ante la fungibilidad de los títulos colocados en masa o en serie, como sostiene este autor brasileño.

Volviendo a nuestro derecho, el artículo 8° de la Ley N° 1284/98, que regula en la actualidad a los títulos valores, reproduce la clásica definición de Césare Vivante de los títulos de crédito. El mencionado artículo dice: *“Los valores se representarán en títulos, que son instrumentos necesarios para ejercitar el derecho literal y autónomo que en ello se consigna. También podrá efectuarse oferta pública con valores no consignados por escrito que representen derechos de crédito, de suscripción, de propiedad, de participación, u otros, en cuyo caso deberán expedir certificados en los que consten*

los derechos que confieren, conforme lo reglamente la comisión". Que, con la primera parte de esta cita no haría falta ser demasiado perspicaz para percatarse de que coincide exactamente con la definición de títulos de crédito y que, por tanto, deberíamos concluir, dogmáticamente, que los títulos valores son también títulos de crédito. Sin embargo, la última parte del mismo artículo hecha por tierra esta conclusión tan simplista. Es que en el mercado de valores también pueden ser negociados documentos que por su naturaleza no sean títulos de crédito, como los llamados papeles o efectos de comercio, por lo tanto no puede concluirse de buenas a primera de que todos los títulos valores son títulos de créditos y convertir el problema en una cuestión semántica. Sin embargo todos los títulos de crédito que se negocian al público a través de la bolsa de valores son títulos valores por el hecho de ser negociado en el mercado de valores y en el modo indicado en la ley que lo regula. Por último también es importante señalar que no toda oferta pública de valores lo convierte por ese solo hecho en títulos valores, si es que no está expresamente autorizada por la Comisión que lo autoriza según la ley.

En conclusión, existen títulos valores que son títulos de crédito, esa es la regla general, pero también existen títulos valores que son simples papeles de comercio que no tienen el carácter de títulos de crédito, como serían los títulos representativos de deuda o los certificados de deudas. Pero, además puede existir oferta pública de título de crédito sin hacerlo por la vía regular que marca la ley de Mercado de Capitales, y con esto, concluimos que los títulos valores, aun en los casos que no sean por naturaleza títulos de crédito, deben integrarse conceptual y sistemáticamente a la teoría de los títulos de crédito, porque aún aquellos títulos valores que por naturaleza no sean títulos de crédito participan de las características de los títulos de crédito, por lo menos en materia circulatoria, y esta equiparación sólo podrá hacerse trabajosamente por la vía jurisprudencial.

3. UBICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES EN LA SISTEMÁTICA DE NUESTRO DERECHO

Aunque los títulos valores estén regulados en normas independientes, eso no significa que dentro del derecho creditorio

conformen un género enteramente distinto a la de los títulos de crédito, porque no es la naturaleza del documento que lo convierte en títulos valores sino la naturaleza del acto de negociación o circulación.

Los títulos de crédito, en nuestro derecho, su cobertura conceptual es más definida porque se lo concibe como una especie creditoria que deriva su fuente obligacional de la promesa unilateral y es esta promesa unilateral que se convierte en título de crédito cuando es circulatoria o negociable. Los títulos de créditos pueden circular en el mercado de capitales o por oferta particular o extramercado, pero cuando lo hace por oferta pública, en nuestro medio, adquieren el nombre de títulos valores. Pero, insistimos no es la naturaleza del documento lo que lo convierte en títulos valores sino la naturaleza del acto cuando es realizada por oferta pública en la forma señalada en la ley, o sea la oferta sea masificada y controlada por un organismo creado para el efecto.

4. ¿LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN A LOS TÍTULOS VALORES SON LOS MISMOS QUE SUSTENTAN A LOS TÍTULOS DE CRÉDITO?

El hecho de que los títulos valores, en general, sean una especie del género títulos de crédito, les hacen aplicables los mismos principios sustentadores señalados en la propia definición de Césare Vivante, o sea la literalidad y la autonomía de las obligaciones. Pero además les rigen el principio de legitimación e irrevocabilidad como tales y que tiene mucho que ver con la cancelación o reivindicación de estos documentos.

El principio de literalidad significa que el límite obligacional es el incorporado en el documento y se circunscribe estrictamente a lo escrito en el mismo, no pudiendo recurrirse a los documentos extracartulares o causales para dirimir los problemas en él suscitados. Mientras que el principio de autonomía implica que cada obligación incorporada en el título no es derivativa de la obligación anterior.

El principio de legitimación, según los autores Bonfanti y Garrone, es "*La facultad que acuerda el título de crédito, a quien lo*

posee según su ley de circulación, para exigir del suscriptor del documento el pago de la prestación consignada en el mismo, al propio tiempo que se autoriza al deudor para que pague válidamente su obligación a quien le exhibe el título". Este principio está muy relacionado, con la cancelación y la reivindicación, porque en principio quien posee un título de acuerdo a su ley de circulación no puede ser afectado por la cancelación o la reivindicación, siempre que su posesión sea de buena fe, especialmente para el caso de reivindicación. Sin embargo, la cancelación una vez ordenada la privación de la eficacia circulatoria del título, también afecta al legitimado de buena fe si es que no se opone oportunamente pero le resta la posibilidad de la vía ordinaria para repetir en contra del que logró la cancelación del título. Este principio está estrechamente relacionado con la cancelación y la reivindicación al igual que el principio de irrevocabilidad, que se sustenta en la unilateralidad del acto creativo del título, y por tanto, ampara al legitimado del arrepentimiento de mala fe del suscriptor o librador del título, cerrándole la posibilidad de arrepentimiento de su obligación. Esto es así para cualquiera de los obligados por el título. Es fundado en este principio de irrevocabilidad que, solo judicialmente puede revocarse la obligación circulatoria por declaración judicial de la privación de su eficacia respecto de todos, o sea *erga omnes*.

Estos principios rectores de los títulos de crédito, también se aplican a los títulos valores, cuando éstos son por naturaleza título de crédito. El problema está en la aplicación de estos principios a aquellos títulos valores que por naturaleza no son títulos de crédito, pero que lo serían por asimilación, como es el caso de los papeles de comercio negociables, especialmente en cuanto al principio de legitimación.

5. CIRCULACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

Si admitiéramos a los títulos valores como especie de los títulos de crédito o lo equiparáramos a éstos en cuanto a su ley circulatoria aun en los casos de que no lo sean por naturaleza títulos de crédito, tienen las mismas modalidades circulatorias que los títulos de crédito ordinarios, o sea siempre han de ser al portador,

nominativo o a la orden, pero estas modalidades circulatorias en los títulos valores están supeditadas a su vez a la forma en que son puestas en circulación para que, según esto último, le afecte o no el procedimiento cancelatorio. Nos referimos a que estén ofertados a través de la Bolsa de Valores, de conformidad al artículo 31 al 33 de Ley N° 1284/98, porque según que la circulación sea en el mercado primario o secundario y esto a su vez los sean por oferta pública o privada, variará el alcance de la aplicación de las normas cancelatorias. El artículo 4° de la Ley N° 1284/98 establece que “*es oferta pública de valores aquélla que se hace al público o grupo determinados, por cualquier medio de comunicación o mediante ofrecimientos personales, para efectuar cualquier acto jurídico sobre los mismos*”. Esta disposición está complementada por el artículo 5° que dice “*toda oferta de valores requerirá autorización previa de la comisión*”. De lo dicho se colige que oferta pública es el ofrecimiento al público en general en forma indeterminada o a grupos determinados siempre que dentro del grupo haya indeterminación del destinatario de la oferta, y toda vez que tenga autorización expresa de la Comisión. Una oferta al público que lo sea sin autorización de la Comisión no es de un título valor.

Veremos oportunamente en qué caso la circulación de estos títulos valores está afectado por el procedimiento cancelatorio según que sean de negociaciones primarias o negociaciones secundarias, para lo cual concluimos que le son aplicables a los títulos valores el procedimiento cancelatorio previsto en el Código Civil en los artículos 1520, 1530 y 1545, cuando estos títulos valores sean por naturaleza títulos de crédito, y también se aplicarán para aquellos casos de títulos valores que no sean títulos de crédito, siempre que utilicen la vía circulatoria de éstos por lo que cabe asimilarlos. Los títulos “no a la orden” que circulen por cesión ordinaria no son cancelables pero sí reivindicables, sin embargo ha de ser la jurisprudencia, quien supla este vacío legal, especialmente para establecer los alcances en los casos de simples efectos o papeles de comercio convertido en títulos valores.

6. REIVINDICACIÓN DE TÍTULOS VALORES

Se ha realizado una reparación histórica con la nueva Ley de Mercado de Valores con la derogación del artículo 128 de la Ley N° 94/91, que establecía que *“los títulos valores podrán ser reivindicados en los casos de pérdida, sustracción u otro medio de apropiación ilícita. La acción reivindicatoria procederá contra el primer adquirente y contra quienes lo hayan adquirido conociendo o debiendo conocer los vicios de la posesión de quien los transmitió”*. Con esto automáticamente se restableció el artículo 1.509 del Código Civil donde se sustenta lo contrario ya que *“quien ha adquirido de buena fe un título de crédito no estará sujeto a reivindicación”*. Esta última norma es la que debe aplicarse con las limitaciones establecidas en la ley de Mercado de Capitales, de conformidad a la autenticidad de las transacciones realizadas por los intermediarios autorizados por la ley respectiva y especialmente debe tenerse en cuenta el artículo 92 por el cual *“los valores que se negocian en rueda no son reivindicables”*. De acuerdo con estas normas y como la reivindicación debe hacerse necesariamente contra persona determinada, que de no ser así habría de usarse la vía del procedimiento cancelatorio. No procederá la reivindicación cuando la negociación se haga a través de transacciones públicas a través de la bolsa de valores, por la autenticidad que deriva de estos actos.

7. CANCELACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE LOS TÍTULOS VALORES

Para la cancelación de los títulos valores deben aplicarse las normas de los títulos de crédito, aun en los casos en que aquéllos por naturaleza no puedan asimilarse a éstos últimos, dado que necesitan ser resguardadas la seguridad y la apariencia que lo sustenta como documento circulatorio.

O sea, la aplicación de las normas del procedimiento cancelatorio se aplican sin ninguna dificultad a los títulos de crédito que son títulos valores, por la afinidad de naturaleza jurídica, y aquellos títulos de valores que no títulos de créditos, se les aplica por la comprobación de la subordinación de esta clase de documentos a

las características de los títulos de crédito, especialmente en cuanto a la circulación y concretamente en cuanto a los endosos. Consecuentemente no existe dificultad para realizar la asimilación.

Para la aplicación de las normas cancelatorias de los títulos de crédito debe tenerse en cuenta según que la cancelación se solicite en la etapa negociación del mercado primario o en la del secundario

Los artículos 31 al 33 de la Ley de Mercado de Valores nos indican las pautas de negociación y, necesariamente deben relacionarse con normas cancelatorias, para establecer el alcance de aplicación de éstas últimas

El artículo 31 de la mencionada ley dice: *“las operaciones o negociaciones con valores inscriptos en el registro de valores pueden ser primarias o secundarias y ambas pueden realizarse en transacciones públicas o privadas”*. Estas formas de negociación establecen la posibilidad de aplicación de las normas cancelatorias según que sean negociaciones primarias o secundarias y a su vez éstas sean públicas o privadas; teniendo en cuenta estas alternativas se podrán o no aplicar las normas cancelatorias.

El artículo 32 de la Ley N° 1284/98 dispone que *“las operaciones o negociaciones primarias son aquéllas realizadas por el propio emisor o a través de un agente intermediario colocador, con el fin de obtener directamente del público la captación de recursos financieros por los valores colocados por primera vez, constituyéndose así el mercado primario de valores”*. Este artículo está en concordancia con el artículo 4° ya transcrito y el artículo 5° que dice *“toda oferta de valores requerirá autorización previa de la comisión”*. A su vez este artículo tiene su excepción en el artículo 9° respecto de la liberación de obligatoriedad de autorización para el Estado, las gobernaciones, los municipios y las instituciones públicas centralizadas o descentralizadas y el Banco Central del Paraguay.

Relacionando estas normas con la cancelación se colige que la colocación primaria, como norma general requiere la autorización para ofertar al público lo cual implica someterse a la verificación de

la Comisión y por tanto el librador o un tercero no podrá gestionar la cancelación estando en esta etapa, y, desde luego, tampoco la reivindicación. Al respecto cabe señalar que el Juez, cuando se trata de títulos valores, como medida de mejor proveer y para coadyuvar un mejor procedimiento siempre debe recabar, como primera medida, informaciones a la bolsa de valores o a la Comisión Nacional de Valores y, a la vez decretar una medida cautelar de prohibición de innovar, para que según que sea el resultado del informe decida darle o no trámite al juicio respectivo.

No debe confundirse con la otra situación posible que se ocasiona cuando la colocación primaria se hace por transacción privada que aun cuando esté con la autorización de la Comisión, ya entra a funcionar las reglas circulatorias corrientes según sea el título nominativo, al portador o a la orden, porque ya carecen de autenticidad las transacciones.

Desde luego los títulos valores al portador no son cancelables sólo puede establecerse un mejor derecho para exigir la prestación una vez vencido el plazo de prescripción.

En cuanto al título valor nominativo tampoco podrá cancelarse en contra del legitimado que consta en el libro de registro o en el título, quien debe ser citado personalmente al juicio, de conformidad a lo que consta en el libro de registro, a cuyo efecto el Juzgador deberá recabar informes a la sociedad emisora.

El único pago válido que puede realizar entretanto el emisor es el designado en el título siempre que coincida con el libro de registro de la sociedad emisora cuando lo hubiere. En este caso la apariencia está salvaguardada en la misma norma circulatoria.

En cuanto a los títulos a la orden, el pago realizado por el emisor es válido si la obligación está vencida y existe regularidad en la cadena de endosos. Pero, con mayor razón podrá hacerlo si el último endoso está autenticado por el Agente o casa de bolsa o el título valor haya sido negociado en rueda de bolsa.

Los títulos valores colocados en el mercado secundario que según el artículo 33 de la Ley N° 1284, son “*las operaciones o negociaciones secundarias son las que se realizan con posterioridad a la primera colocación y quienes reciben los recursos son los titulares de los valores como vendedores de los mismos, sea a través de un intermediario de valores o actuando su titular directa y privadamente, fuera de la bolsa; constituyéndose así el mercado secundario*”. Tanto para la colocación primaria como la secundaria realizada a través de casas de bolsas le son aplicables el artículo 115 de la ley respectiva que dice “*las casas de bolsas son responsables de la identidad y capacidad de sus clientes, de la autenticidad de los valores que negocien, de la inscripción de su último titular en los registros del emisor cuando esto sea necesario, así como la continuidad de los endosos y de la autenticidad del último de éstos, cuando proceda*” Este artículo es una restricción a la presunción surgida de la apariencia del título de crédito, porque las negociaciones realizadas a través de estos intermediarios tienen autenticidad, por lo tanto prevalecen para establecer la titularidad y discernir quien es el titular prefiriendo así la autenticidad del acto sobre la apariencia.

Por último, cabe señalar que en los juicios de cancelación y de reivindicación de títulos valores, las bolsas de valores y las casas de bolsas, inclusive la Comisión son partes necesarias en estos juicios y deben ser citados *ab initio* por el Juzgador.

En conclusión: en los procedimientos cancelatorios y de reivindicación debe aplicarse el principio de la prevalencia de la apariencia, como sustento de la buena fe, pero éste cederá cuando la negociación se hace a través de los intermediarios autorizados por la ley.

8. NECESIDAD DE RESTABLECER LAS NORMAS CANCELATORIAS EN LA LEY DE MERCADO DE VALORES

Las especificidades de las normas cancelatorias y reivindicatorias hace necesaria reincorporar estas normas, con los ajustes necesarios, a la ley de mercado de valores.

“COMENTARIO A LA LEY N° 24/91, DE
FOMENTO DEL LIBRO”



COMENTARIO A LA LEY N° 24/91, DE FOMENTO DEL LIBRO

Arnaldo Martínez Prieto*

La Ley N° 24/91 en su primera norma nos acerca a su intención integradora en el campo de la cultura al objetivarla como la adecuada herramienta para "...promover la difusión y comunicación del conocimiento de la ciencia, la técnica y el saber en general...". Dicho principio de carácter programático concuerda específicamente con el artículo 73 y sgte. de la Constitución Nacional, elevándola aun más al incluir en sus fines el ...desarrollo pleno de la personalidad humana y la promoción de la libertad y la paz, la justicia social, la solidaridad, la cooperación y la integración de los pueblos, el respeto a los derechos humanos y los principios democráticos, la afirmación de los compromisos con la Patria, de la identidad cultural y la formación intelectual, moral y cívica, así como la eliminación de los contenidos educativos de carácter discriminatorio...

Nuestro país, en su carácter de miembro de la Organización de los Estados Americanos, se halla sujeto a los términos de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. Si bien esta Declaración carece de carácter vinculante, los derechos contenidos en ella fluyen como obligaciones jurídicas al ser vertidas en la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica que en su artículo 26 dispone que "Los estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la

* Abogado. Ex Juez de Primera Instancia del Trabajo en la Capital. Actual Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Concepción. Ex Profesor de "Legislación Laboral" en la Facultad de Ciencias Contables de la Universidad Católica de Asunción. Actual Profesor de "Derecho Penal" y "Derecho Romano" en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica – Sede Regional Concepción.

cooperación internacional “...para lograr progresivamente la efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre todo la educación, ciencia y cultura...”

De esta forma se obtiene la jerarquía prelativa en el Derecho Positivo Nacional, y en cuanto a éste en su variado aspecto de producción, edición y protección de la creación literaria. Sin desconocer las demás manifestaciones culturales, nos referimos al libro por radicar en éste la materialidad más próxima de cualquier variable cultural.

Para culminar este aspecto del tema debemos señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para, al examinar la situación general de los derechos humanos en un país, solicitar informes sobre este particular y por ende proveer indicadores para medir su conducta y efectividad a fin de erradicar la discriminación que pueda acontecer al mantener el acceso a la cultura, y por lo mismo a su principal medio, lejos del alcance de quienes conforman la comunidad nacional. Luego, se debe convenir que el libro en cuanto vehículo de la cultura es en esencia material, principalísimo factor del Derecho Humano: la Cultura.

En cuanto a la ley en sí, luego de su introducción general respecto a su objeto ya referido y a las variantes de lo que debemos entender por libro y los sujetos propios de su vivencia y difusión, hace especial mención de la fraudulencia que implica la generación de fotocopias u otro sistema gráfico. Hallamos este aspecto de suma importancia, no sólo para los intereses de los involucrados en la creación y distribución de la obra, sino también para quien, dada su onerosidad, debe recurrir al auxilio del fotocopiado como única vía de acceso a su contenido. Así, con esta aparente inofensiva práctica se agrede a los factores que informan su precio final que incluye en su costo el tiempo que ha invertido el autor en producirlo, a la vez que los insumos de los que se ha servido para ello, por lo que se debe concluir en que si se recurre a tal extremo es por el elevado costo, y que su modo lo es por aquélla perniciosa práctica que niega al autor adecuado retorno de la inversión. Al cerrarse este círculo de atendibles argumentos para ambas partes, arribamos al desinterés de

producir y editar para unos, y en la ausencia de material literario para otros.

En tal entendimiento de resumida síntesis y superlativo valor, el espíritu de la ley que referimos, cual es la protección de la obra, debe ser asumida como una práctica constante pues de su observancia depende el respeto a la labor intelectual el fácil acceso a ella.

La ley que comentamos trae en su normativa condicionamientos técnicos con cuya ejecución se pretende minimizar la posibilidad de agresión a los derechos autorales, a la vez que efectivas sanciones a quienes incurre en ellas, para cuyo efecto se requiere la adecuada denuncia y orden judicial. Nos debe llamar pues a seria reflexión cuando como un pretendido hecho aislado e inofensivo recurrimos al fotocopiado, sin percatarnos que pasamos a integrar la larga cadena de eslabones solitarios, que unidos perpetran la lesión a los legítimos derechos del publicista.

En su particular afán de fomento, el legislador ha entendido eficaz imponer a los municipios de la república el establecimiento de disposiciones tendientes a la utilización de las áreas comunes a su cargo, tanto para la difusión de las obras, cuanto para su comercialización, amén de la puntual decisión de imponer a las editoras la entrega –sin cargo- de ejemplares a la Biblioteca Nacional con seria sanción en caso de incumplimiento.

Toda ley –en especial la presente- requiere para su ejecución la creación de los órganos de contralor, pues sin entrar a discutir o cuestionar su normativa, se debe admitir que poco o nada se ha hecho para hacerlas efectivas luego de más de un lustro de su vigencia. Si algo, por el contrario, se ha formulado no ha tenido el alcance promocional requerido para ser “...una campaña nacional para involucrar el hábito de la lectura...” según la misma lo dispone.

Hemos preferido, al referirnos a la Ley del Libro, incentivar su vigencia y valor, antes que detenernos a la crítica que pudiera merecer, ya que su espíritu es de buena intención haciéndose merecedora de nuestro aliento, pues sólo a partir de entonces se

podría pensar en conformar un sistema pluralista y participativo que inicie la consolidación de los valores de la libertad en plena democracia.

En tal sentido no debemos dejar de operar en el contexto de las necesidades de nuestra infortunada realidad cultural, cuya materialización a nivel institucional ha sido la de poner en marcha la Reforma Educativa Nacional cuyo objeto y factor sustentador radica en el libro. Mientras se le niegue al educando el acceso al mismo no sólo se está avasallando su natural y humano derecho a la dignidad, sino que también se estará difiriendo el mínimo conocimiento a las demás aptitudes propias de nuestro género; conocer y saber para optar en libertad.

“EL DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA
EN LA LEY N° 45/91, DE DIVORCIO VINCULAR”



EL DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA
EN LA LEY N° 45/91

María Francisca Prette de Villanueva*

1. INTRODUCCIÓN

El impacto que produce la ruptura matrimonial en los esposos, en los hijos y en la organización social, ha conducido al aumento de los esfuerzos orientados, en primer término, a actuar sobre las causas que provocan la disolución conyugal, y en segundo lugar a minimizar los efectos de la separación que no se han podido evitar. Dentro de esta perspectiva, en las legislaciones modernas, el divorcio o la separación personal, deben ser enfocados más bien desde el punto de vista del futuro que aguarda a los cónyuges, sobre todo cuando habiendo hijos, deben continuar asumiendo los derechos y deberes frente a ellos.

2. LAS CONCEPCIONES DEL DIVORCIO COMO SANCIÓN Y COMO REMEDIO

La tendencia tradicional ha condicionado que la separación personal o divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables de uno o de ambos cónyuges, hecha efectiva en un proceso contencioso, y debe circunscribirse a las causas taxativamente enumeradas por la ley. Si los hechos no fueron probados, el juez debe desestimar la demanda, aun cuando existiere la evidencia de que la unión matrimonial está desintegrada. Significa

* Abogada por la Universidad Nacional de Asunción en el año 1988. Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Pedro Juan Caballero, Departamento de Amambay.

entonces que el divorcio implica una sanción contra el culpable que se proyecta en los efectos: pérdida o restricción del derecho alimentario, pérdida de la vocación hereditaria, etc.

Frente a esta concepción, el derecho liberal moderno ha planteado otra tendencia, el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cual de los cónyuges dio causa al conflicto o cual de ellos es el culpable del divorcio. Se considera fundamental evitar que los vínculos familiares se deterioren aún más a consecuencias del mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que durante el mismo se hagan los cónyuges. Aparece entonces el divorcio por mutuo consentimiento de los esposos. Los autores Bossert y Zannoni¹⁰ afirman que este planteamiento se ha dado *“No porque él responda a una concepción contractualista del matrimonio, sino porque constituye una solución al conflicto conyugal que no recibe adecuada respuesta a través del régimen del divorcio como sanción. En efecto, el conflicto matrimonial no nace necesariamente de la comisión de hechos ilícitos tipificados a priori por la ley. La vida es algo más compleja que eso...”* *“El mutuo consentimiento se abre paso, pues, para resolver aquéllos casos en que los cónyuges son plenamente conscientes de que seguir unidos es peor —para sí y para sus hijos— que separarse o divorciarse. En el contexto rígido del divorcio como sanción ellos deberían alegar, en estos casos, ofensas imaginarias, sea para disimular justamente la falta que debería probar, sea al contrario, en ausencia de verdadera falta, para permitir a los esposos liberarse de un vínculo que ha llegado a ser insoportable”*.

Esta tendencia manifestada en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio sin alegar causales, se halla ya contemplada en el artículo 167 del Código Civil Paraguayo, que legisla sobre la separación de cuerpos sin disolución del vínculo matrimonial y también en el artículo 5º de la Ley N° 45/91 que estableció el divorcio vincular en el Paraguay. Es oportuno señalar que con la promulgación de la ley de divorcio, no ha caducado el

¹⁰ Bossert, Gustavo A. — Zannoni, Eduardo. “Manual de Derecho de Familia” - Edit. Astrea. Ed. 1991. Pág. 339.

derecho de interponer la acción de separación de cuerpos legislada en el Código Civil. El citado artículo 5° prescribe: "*Transcurridos tres años de matrimonio, los cónyuges podrán solicitar conjuntamente al Juez su divorcio vincular...*".

Este tipo de divorcio es llamado indistintamente divorcio vincular por presentación conjunta o divorcio vincular por mutuo consentimiento. También se lo ha llamado en la doctrina extranjera divorcio vincular con causa reservada. Creemos más preciso denominarlo por presentación conjunta, ya que ésta implica el mutuo consentimiento previo de los cónyuges.

3. CONDICIONES PARA SU PROCEDENCIA

- a) Antigüedad del matrimonio: el citado artículo 5° establece que deben haber transcurrido tres años desde la celebración del matrimonio. Este término legal debe encontrarse cumplido a la fecha de la presentación del escrito conjunto, es decir no es suficiente que el mismo se cubra durante la substanciación de las dos audiencias o en cualquier otra etapa del proceso. Si no ha transcurrido ese plazo sólo puede recurrirse al divorcio vincular mediante el juicio contradictorio, y en base a las causales establecidas en el artículo 4° de la ley.

El fundamento de esta previsión de un tiempo mínimo suele ser común en los regímenes legales que prevén el divorcio por mutuo consentimiento, para garantizar que la solicitud de los cónyuges sea el resultado de una decisión madura y reflexiva.

- b) Acuerdo entre las partes: Debe existir acuerdo entre los cónyuges acerca de la obtención del divorcio, aun cuando no exista coincidencia en lo referente a la tenencia y régimen de visitas de los hijos, atribución del hogar conyugal, prestación de alimentos y partición de bienes de la sociedad conyugal.
- c) Capacidad de los cónyuges: El artículo 5° establece que podrán plantear la acción los menores emancipados por el matrimonio, pero sólo después de cumplida la mayoría de ambos. La norma

aclara expresamente que ambos cónyuges deben ser mayores de edad para intentar la acción. Vale decir que si uno de ellos es menor de edad, ya no puede peticionar el divorcio vincular. Esto es así porque es indispensable que los esposos gocen de la capacidad necesaria en el momento de hacer la presentación conjunta. Por lo mismo, no pueden plantear la acción los cónyuges declarados interdictos o inhabilitados, quienes no pueden ser suplidos en la presentación por sus curadores.

- d) Etapa de conciliación previa y obligatoria: El artículo 5° prescribe que: *“Antes de dar trámite al juicio de divorcio por presentación conjunta, el juez escuchará separadamente a las partes procurando su reconciliación y fijando un plazo de 30 a 60 días dentro del cual convocará a las partes a una audiencia para que se ratifiquen o no en su voluntad de divorciarse. En caso negativo, se archivará el expediente y, de lo contrario, se dará el trámite correspondiente al juicio”*.

La ley requiere la realización de dos audiencias. La primera, a la que los cónyuges deben concurrir personalmente, reviste dos finalidades perfectamente claras: en primer lugar, el Juez debe oír separadamente a los esposos, es decir recibir de ellos el relato de las causas que motivan la petición. La fijación de las audiencias por separado, tiene como objetivo evitar que la presencia del cónyuge inhiba las manifestaciones que cada uno de ellos pueda dar al Juez. En segundo lugar, el Juez debe tratar de conciliar a los cónyuges; esta función está necesariamente vinculada con el conocimiento que toma de las razones o los hechos que aquéllos alegan. De lo conversado en estas audiencias se labrará el acta correspondiente, pero en la misma sólo se hará constar la presencia del cónyuge citado y de que el mismo fue oído, pero no se hará constar lo relatado acerca de las causas del conflicto conyugal; esta información debe ser manejada únicamente por el magistrado, a los efectos de advertir si es posible o no la conciliación.

Un punto que no se ha previsto se refiere a qué medidas tomar en caso de incomparecencia de uno o ambos cónyuges. La

importancia de esta audiencia exige la previsión legal, tal como lo ha hecho la ley argentina N° 23.515 que requiere la concurrencia personal de ambos cónyuges a la primera audiencia, constando expresamente que si así no lo hicieren “el pedido no tendrá efecto alguno”. Esta solución es válida tanto para el caso de que no concurriera uno como el de que no concurriera ninguno de los dos. Naturalmente, sólo la inasistencia injustificada habrá de imponer el resultado de que el pedido de divorcio no tenga efecto alguno, ya que si por cualquier motivo valedero uno de los cónyuges no asistiera, justificándolo judicialmente, lo que corresponde es fijar una nueva audiencia y no desestimar la acción.

Si por hipótesis, en esta audiencia los cónyuges se reconcilian, el Juez homologará el acuerdo y ordenará el archivo del expediente.

En la segunda audiencia, las partes deben expresar si se ratifican o no en su voluntad de divorciarse. Se ha discutido en la doctrina, si a esta segunda audiencia los cónyuges deben concurrir personalmente o si pueden hacerlo a través de apoderado con mandato especial. En la legislación argentina esta duda fue resuelta por el artículo 236 del Código Civil, que faculta a los esposos a autorizar la comparecencia de apoderados con mandato especial. Consideramos perfectamente factible esta última opción, en razón de que esta segunda audiencia tiene como objetivo simplemente establecer si los esposos han arribado o no a una reconciliación luego del lapso de meditación o espera. Se funda la razonabilidad de este criterio en la práctica judicial donde la segunda audiencia generalmente no la toma el Juez, sino un empleado del juzgado, usando a menudo incluso modelos impresos. Si esto es así —se pregunta Borda— por qué insistir en un formulismo riguroso. Una hipótesis en que se plantea el problema sería aquella en que uno de los cónyuges se encuentre radicado en el extranjero y se vea impedido de volver a asistir personalmente al comparendo.

En esta segunda audiencia, pueden presentarse dos posibilidades: la primera en el sentido de que ambos cónyuges se

ratifiquen en su voluntad de separarse, caso en que el Juez debe decretar el divorcio vincular.

La segunda posibilidad es la de que los cónyuges no se ratifiquen en su voluntad de divorciarse, caso en cual el Juez no dará trámite al juicio y ordenará el archivamiento del expediente.

4. FORMA DE LA PRESENTACIÓN

El artículo 5° exige la presentación conjunta de los cónyuges. Ello no significa que ambos deban comparecer en un escrito común; puede admitirse que cada cónyuge haga su pedido en escritos diferentes, presentados conjuntamente.

En la presentación los cónyuges se limitan a manifestar su voluntad de divorciarse, sin que sea necesaria la mención de los motivos, pues todo el procedimiento está encaminado justamente a mantener en secreto las causas reales.

5. DESISTIMIENTO

Nuestra ley de divorcio no prohíbe que se pueda desistir en forma expresa del procedimiento iniciado. Las dudas se han planteado respecto al momento hasta el cual es posible el desistimiento. El artículo 14 determina que "*la reconciliación entre los esposos pone término al juicio*", sin referirse a un estadio procesal definido.

Desistimiento Expreso

El desistimiento expreso se manifiesta en el caso ya señalado de que los cónyuges no se ratifiquen en su voluntad de divorciarse en la segunda audiencia. Ahora bien, una vez celebradas las dos audiencias, el desistimiento ya no sería factible si es hecho por uno solo de los cónyuges. Sería posible si el desistimiento es hecho por ambos y antes de la sentencia.

Desistimiento Tácito

Si uno de los cónyuges no concurriera a la audiencia de ratificación, sin que medie causa debidamente justificada, ello implica el desistimiento tácito de la acción.

6. CARÁCTER DEL PROCESO

La controversia se plantea acerca de la naturaleza de este proceso, cuestionándose si estamos ante un juicio de jurisdicción voluntaria o uno contencioso. El divorcio por presentación conjunta, pese a requerir una sentencia judicial que hace lugar a la petición solicitada, no es un procedimiento contencioso, pues no hay litigio entre los cónyuges, por cuanto ambos persiguen la separación personal. Sobre este punto los autores Carlos Lagomarsino y Jorge Uriarte¹¹ sostienen que: *"Por la forma en que aparece regulada la tramitación del juicio de separación personal por presentación conjunta, dicho juicio se presenta como un proceso atípico que difiere de los reglamentados en la ley ritual. Para caracterizar esa atipicidad basta tener presente la falta de constancia en el expediente de los hechos alegados por los cónyuges en las audiencias.."* Por último, sostiene que el IV Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en Tucumán, se trata de un proceso de conocimiento, contradictorio y especial.

7. COMPETENCIA

El artículo 17 de nuestra ley establece que será competente el Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del último domicilio conyugal o del demandante, a elección del actor. Es por lo tanto el cónyuge demandante quien tiene opción para iniciar la demanda ante uno u otro Juez.

¹¹ Lagomarsino, Carlos — Uriarte, Jorge. "Separación Personal y Divorcio" - Editorial Universidad S.R.L. Edición 1991. Pág. 404.

8. INTERVENCIÓN DEL AGENTE FISCAL

El artículo 15 de la Ley N° 45/91 establece que: “*El Ministerio Público es parte esencial en todo juicio de divorcio*”. Esta norma difiere de lo establecido en el Código Procesal Civil para el juicio de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, que en su artículo 607 expresa que no es parte en este proceso el Ministerio Público.

La intervención del Agente Fiscal se cumple al iniciarse el juicio, momento en que deberá expedirse acerca de si se encuentran cumplidos los recaudos legales para darle curso. También toma intervención al notificársele de la sentencia, oportunidad en la que verificará la celebración de las audiencias, el plazo entre una y otra, etc. y en la que podrá interponer las nulidades procesales del caso.

9. MEDIDAS CONEXAS RELATIVAS A LOS HIJOS MENORES

Prescribe el artículo 5° que: “*Deberá observarse lo dispuesto en el artículo 11 de esta ley*”. El citado artículo 11 establece que: “*Habiendo hijos menores, promovida la demanda de divorcio o antes en caso de urgencia, los cónyuges o cualquiera de ellos deberán solicitar ante el juzgado en lo tutelar del menor se dicte resolución provisoria sobre: a) Designación de las personas a quien o quienes serán confiados los hijos del matrimonio; b) El modo de subvenir las necesidades de los hijos; c) La cantidad que se debe pasar a título de alimentos a los hijos; d) El régimen provisorio de visitas; e) Atribución del hogar conyugal. En caso de controversia será determinado por el Juez*”.

Los mencionados requisitos incluidos a modo de condición de admisibilidad de la demanda de divorcio, ocasionan no pocas dificultades y demoras en la tramitación del juicio, en razón de que deben ser substanciadas ante otra jurisdicción: la tutelar del menor.

Cabe señalar que la facilitación emergente del procedimiento regulador del divorcio por presentación conjunta, merece que, como contrapartida, se imponga a los cónyuges que accedan a un trámite

simplificado, acelerado y menos costoso. De esa manera se evita que se instrumente el mutuo consentimiento difiriendo la solución de temas tan relevantes, lo que da lugar a una verdadera desnaturalización del procedimiento previsto por la ley a que se entablen complejas y prolongadas controversias que no pueden obtener un final correlativo al divorcio¹².

Razones de buen orden procesal exigen que el Juez del divorcio sea el que entienda en todos aquellos aspectos vinculados a las personas y bienes de los esposos en cuanto pueden sufrir alteraciones en razón del mencionado juicio. Esta situación podría subsanarse con la creación de los Juzgados de Familia.

10. EFECTOS

El último párrafo del artículo 5° establece: *“el divorcio por mutuo consentimiento se reputará en sus efectos como decretado por culpa de ambos cónyuges, pero el Juez podrá admitir la culpa de uno solo de los cónyuges si existe convención en ese sentido”*. Esto no quiere decir que se considere a ambos cónyuges culpables de la separación, si no que se asimilan sus efectos a los del divorcio contencioso decretado por culpa de ambos cónyuges.

Sin embargo el texto legal ha introducido la posibilidad de una declaración de divorcio de la cual resulte la culpabilidad de uno solo de los cónyuges o lo que es lo mismo, que uno de los esposos acepte su única responsabilidad en el fracaso matrimonial, considerándose entonces, al otro inocente. Es decir, se ha pretendido introducir el “divorcio-sanción” dentro de la forma de presentación conjunta. Consideramos poco feliz esta disposición de la ley en razón de que admitir la culpa unilateral podría significar abrir las posibilidades de una negociación en la cual no siempre la culpa aceptada sería el reflejo de la realidad. El culpable —dice Escribano— resultaría no quien merezca serlo, sino el más generoso, el más indefenso o el más apurado de los cónyuges. Esto podría

¹² Méndez Costa, María Josefa — D’Antonio, Daniel Hugo. “Derecho de Familia”. T. II. Pág. 355.

significar para quien asumió la culpabilidad un estigma con probable repercusión en el derecho de tenencia de los hijos. Por otra parte, agrega el autor citado, si los hechos expuestos al Juez se mantienen en reserva no puede surgir del fallo la proclamación de un culpable y un inocente¹³.

Los efectos propios del divorcio vincular regulados por la Ley N° 45/91 son:

1. Disolución del vínculo matrimonial: constituye la característica más notoria del divorcio absoluto unido a la habilitación para contraer nuevas nupcias.
2. Disolución del pleno derecho de la comunidad conyugal.
3. Extinción de la vocación hereditaria recíproca de los divorciados.
4. Cesación del uso del apellido marital por la mujer divorciada.
5. En relación a los alimentos, el principio general consagrado en los artículos 20 de la ley de divorcio y 77 de la Ley N° 1/91 modificatoria del Código Civil es que tiene derecho a recibirlos el ex cónyuge no declarado culpable del divorcio, mientras no contraiga nuevas nupcias. Consecuentemente, estando los cónyuges que ha obtenido su divorcio por presentación conjunta, equiparados a la condición de culpables, nos inclinamos a considerar que no tienen derecho a solicitarse mutuamente alimentos.

11. CONCLUSIONES

Pese a que el procedimiento del citado artículo 5° se halla estructurado para lograr la reconciliación de los esposos, en este aspecto, el sistema actual resulta absolutamente ineficaz. La pretendida labor de conciliación se reduce a una práctica, las más de las veces, mecánica, lejos de ser un instrumento jurídico de consolidación del matrimonio. El magistrado no está en condiciones, dentro de la organización judicial vigente, de encontrar los verdaderos problemas que afectan al matrimonio y no posee los

¹³ Escribano, Carlos. "La negociación de la culpa en el divorcio consensual", LL, 151-817.

medios e instrumentos aptos para cumplir su labor conciliatoria. Razones de orden temporal, impiden a los jueces entender con la prioridad y tranquilidad necesarias estas presentaciones, por el recargo de trabajo que presentan los juzgados civiles. Tampoco cuentan con un asesoramiento adecuado con la intervención de profesionales especializados. Por otro lado, se da la circunstancia de que cuando las partes llegan a los tribunales, la decisión de la separación ya ha sido tomada, normalmente los cónyuges ya se hallan separados y los hechos superan toda posibilidad de arreglo.

Es innegable que, paralelamente a las reformas de fondo, va imponiéndose la necesidad de institucionalizar los tribunales de familia, con adecuada infraestructura interdisciplinaria-terapeutas familiares, psicólogos, asistentes sociales, etc. y ciertas instancias incluso previas a la judicial, como la de mediación, que pueden proponer a las partes, mucho más eficazmente, los modos de solución a las situaciones provocadas por la fractura de la unión matrimonial.

12. BIBLIOGRAFÍA

1. BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo, "Manual de Derecho de Familia" - Editorial Astrea. Edición 1991. Pág. 339.
2. ESCRIBANO, Carlos, "La negociación de la culpa en el divorcio consensual", LL, 151-817.
3. LAGOMARSINO - URIARTE, "Separación Personal y Divorcio" - Editorial Universidad S.R.L. Edición 1991. Pág. 404.
4. MENDEZ COSTA, María Josefa - D'ANTONIO, Daniel Hugo, "Derecho de Familia". T. II. Pág. 355



“LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL”



LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

Porfirio Zacarías León*

I. INTRODUCCIÓN

El matrimonio es sin duda alguna una de las instituciones fundamentales del Derecho, de la religión y de la vida misma en todos sus aspectos.

Quizás ninguna institución es tan antigua como el matrimonio, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja surge ineludiblemente en todos los estudios que investigan el origen de la vida de los hombres.

Indudablemente está establecida como principio de todas las creencias que reconocen en la diversidad sexual complementada en el matrimonio, no sólo la base de la familia, sino la clave de la perpetuidad de la especie y además como la célula elemental en la organización social primitiva, y en su evolución el surgimiento de los diversos estados.

La Constitución Nacional encuentra en la familia el basamento de la sociedad. Su artículo 49 prescribe: "La familia es el fundamento de la sociedad. Se promoverá y se garantizará su protección íntegral. Ésta incluye la unión estable del hombre y de la mujer, a los hijos y a la

* Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Alto Paraná y Canindeyú. Profesor de Derecho "Procesal Civil" en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica, Sede Regional Ciudad del Este; Profesor de "Derecho Privado I y II" de la Facultad de Ciencias Contables de la misma Universidad; Profesor de "Derecho Penal II" en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Este. Publicaciones: "Curso de Derecho Comercial", Editorial El Foro 1995.

comunidad que se constituya con cualquiera de sus progenitores y sus descendientes”.

Consagra además que el matrimonio es el conducto básico en la conformación de la familia, al establecer en su artículo 52, cuanto sigue: “La unión en matrimonio del hombre y la mujer es uno de los componentes fundamentales en la formación de la familia”.

Vélez Sarsfield, afirmaba que el matrimonio es la base en la constitución de la sociedad civilizada.

La palabra matrimonio tiene tres significados diferentes, de los cuales dos presentan interés desde el punto de vista jurídico.

En un primer sentido, matrimonio es el acto de celebración; en un segundo es el estado que los contrayentes adquieren mediante la celebración del acto; y por último, se utiliza para hacer referencia a la pareja formada por los contrayentes o esposos.

De las tres señaladas, las dos primeras tienen significaciones jurídicas. Y han recibido en la doctrina francesa las denominaciones de matrimonio fuente (o matrimonio acto) y matrimonio estado, respectivamente.

Matrimonio fuente es, pues, el acto por el cual los cónyuges contraen la unión.

Mientras que matrimonio estado es la situación jurídica que para los contrayentes deriva del acto celebrado.

El doble significado de la palabra matrimonio cobra importancia a la hora de establecer su naturaleza jurídica, que es verdaderamente muy discutida en doctrina.

La palabra matrimonio es de origen latino y deriva de la unión de las voces *matris* (madre) y *monium* (carga o gravamen).

Su significación etimológica da idea de que las cargas más pesadas así como las mayores obligaciones derivadas de esa unión, recaen sobre la madre, tanto durante como después del parto.

En las Decretales de Gregorio IX se lee: Que para la madre el niño es antes del parto oneroso, doloroso en el parto, y después del parto gravoso.

Es esa la razón por la que al enlace del hombre y la mujer se ha llamado históricamente matrimonio, y no patrimonio, por ejemplo.

Se conoce otros sinónimos que no solamente son de uso jurídico, sino también vulgar.

Así, es frecuente hacer uso del término nupcias, fundamentalmente para hacer referencia a un segundo matrimonio.

También es de uso corriente el término casamiento porque es arraigada costumbre que el hombre lleve a la mujer a su casa, de ahí el uso de la palabra casado.

Como signo de avance que denota el logro de mayor equilibrio en lo que hace al cumplimiento de las obligaciones surgidas del acto matrimonial, se hace uso del vocablo unión conyugal, que proviene de coyungo (*de cum y jugum*, yugo común), para significar anteriormente que las cargas del matrimonio deben ser soportadas por igual por quienes lo forman.

Contrariamente a lo dicho, en Francia, Italia e Inglaterra se habla de *mariage*, *maritagio* y *marriage*, palabras éstas derivadas de marido.

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El origen del matrimonio se vincula estrechamente con el origen de la familia. En los pueblos cuyo conocimiento nos llega a través de la historia, el matrimonio se presenta como institución regulada por la ley o por la religión.

En cuanto al número de personas que lo integran, se distingue el matrimonio monogámico (de un hombre con una mujer) del poligámico (de uno o más hombres con una o más mujeres). Todas sus formas se han presentado en algún lugar y momento histórico pero no existe una evolución progresiva de una a otra.

Incluso las prácticas poligámicas siguen vigentes en los países árabes.

En cuanto a la forma de iniciarse la unión se distingue el matrimonio por raptó, el matrimonio por compra y el matrimonio por consentimiento de los contrayentes. En este aspecto sí ha habido una evolución histórica de la cual las tres formas mencionadas habrían sido pasos sucesivos.

La primitiva, es decir, el matrimonio por raptó, se fundaba únicamente en la superioridad física masculina. Su existencia es indudable por los vestigios que ha dejado en las formas de celebración de las nupcias en algunos países en que se simula la apropiación violenta de la mujer, tal como en algunas de las formas de matrimonio reconocidas en la India en que es costumbre que el flamante esposo entre con la esposa en brazos al nuevo hogar.

La forma del matrimonio por compra supone un primer paso en la elevación del rango de la mujer, que se convierte en cosa valiosa que sus padres negocian, pero sin dejar de ser todavía cosa.

Finalmente el matrimonio fundado en el consentimiento de los contrayentes, se presenta en forma clara en el Derecho Romano únicamente en esta fase el consentimiento de la mujer asume relevancia en la celebración.

En Roma, el matrimonio era la cohabitación del hombre y la mujer con la intención de ser marido y mujer. Estaba compuesto pues de dos elementos *la cohabitación y la affectio maritalis*. Si desaparecía alguno de esos dos elementos, dejaba de existir.

El acto de celebración solía ir acompañado de fiestas y ceremonias que variaron según la evolución de las costumbres.

El cristianismo tuvo singular importancia para la formación del matrimonio moderno. Tal es así que el Derecho Canónico es la base de la legislación matrimonial civil de los diversos países. Recuérdese que para el Derecho Canónico el matrimonio es una institución del Derecho Natural que fue elevada por Jesucristo a la categoría de Sacramento.

3. DEFINICIONES

Justiniano decía que el matrimonio *“es la unión del hombre y la mujer que lleva consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible”*.

Modestino, basado en la comunidad de condición social y de creencias religiosas, ha definido el matrimonio como *“la unión de marido y mujer, en consorcio para toda la vida, comunicación del Derecho Humano y del Divino”*.

Planiol, con acento marcadamente civilista ha definido el matrimonio como *“un contrato por el cual el hombre y la mujer establecen entre ellos una unión, que la ley sanciona y que ellos no pueden romper a voluntad”*.

Las Partidas establecía: Que era la sociedad legítima del hombre y de la mujer, que se unen con vínculo indisoluble, para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte.

Portalís afirma *“que el Matrimonio es la sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino”*.

Eduardo Prayones define el matrimonio *“como la institución social, mediante la cual se establece la unión entre dos personas de*

distinto sexo, para realizar la propagación de la especie y los demás fines materiales y morales necesarios al desarrollo de la personalidad”.

Los juristas españoles contemporáneos Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, definen el matrimonio como la *“unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia”.*

Con notable concisión, y apuntando al aspecto carnal, proclamando solemnemente la unidad total de la pareja, el libro de Génesis dice: *“serán dos en una sola carne”.*

Lagomarsino, muy acertadamente hace la distinción entre a) matrimonio acto y b) matrimonio estado.

Matrimonio acto: Contrato de Derecho de Familia en virtud del cual un hombre y una mujer formalizan una unión reconocida por la ley como base de la familia legítima.

Matrimonio estado: Es la institución social fundada en la unión entre el hombre y la mujer tendiente al nacimiento de la familia legítima, a la propagación de la especie y al cuidado de la prole.

El artículo 4º de la Ley N° 1/92, prescribe que el matrimonio: *“Es la unión voluntariamente concertada entre un varón y una mujer legalmente aptos para ello, formalizada conforme a la ley, con el objeto de hacer vida en común”.*

La unión de un hombre y una mujer en las condiciones señaladas, tiene carácter eminentemente jurídico, nace del consentimiento de los contrayentes, y en esa manifestación de voluntad encuentra su fundamento.

El consentimiento recae sobre un proyecto de vida común y se presta de por vida, porque de por vida es el proyecto, aunque a posteriori pueda verse frustrado.

Si no hay unión concertada de por vida, podrá haber otro tipo de relación, pero no podrá hablarse en puridad de unión conyugal. Las uniones pasajeras o queridas como transitorias no merecen la calificación de matrimonio.

En este punto, es de recordar que en nuestro país, luego de la vigencia de la Ley N° 45/91 (Art. 22) el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los esposos y por el divorcio vincular.

Igualmente se entiende disuelto el vínculo matrimonial mediante resolución judicial que declara el fallecimiento presunto de uno de los cónyuges.

El Dr. Miguel Angel Pangrazio, sostiene que la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme, produce a su vez la extinción del vínculo matrimonial.

Las definiciones enunciadas expresan muchas cosas ciertas, pero a la vez, comprenden otras no imprescindibles para la existencia válida de un matrimonio, esto desde el punto de vista del Derecho Civil y de Familia. Es decir, muchos de los caracteres señalados no son fundamentales, a saber:

a) No es necesaria la perpetuidad de la unión: Porque la existencia del divorcio en los países donde está admitido, lo desmiente.

b) No constituye requisito indispensable la procreación de hijos, porque si así no fuera, las personas afectadas de esterilidad, se hallarían impedidas de contraer matrimonio; al igual que las mujeres que sobrepasen los cincuenta años de edad.

c) Tampoco lo es la convivencia por cuanto que la separación de los cónyuges no atenta contra la existencia del vínculo, más aun cuando fuesen contraídos por poder, en cuyo caso puede diferirse su consumación durante lapso, más o menos dilatado.

El matrimonio reconoce a la vez componentes o ingredientes inmutables, tales como:

1) La dualidad o diversidad de sexo: La diversidad de sexo de los contrayentes es un requisito esencial para la existencia del matrimonio, hasta el punto que casi la generalidad de las legislaciones se abstiene de enunciarlo en forma expresa, dándolo como supuesto. Sólo unos pocos países prevén en forma expresa las consecuencias de un matrimonio contraído por dos personas del mismo sexo. La consideran jurídicamente inexistente el Código Civil Portugués, la ley fundamental Yugoslava sobre el matrimonio. En América, el Código Civil de Bolivia (Artículo 84 inciso 2), lo considera absolutamente nulo.

Del mismo modo, Nuestro Código Civil (Art. 179) sanciona con la nulidad el matrimonio contraído entre personas del mismo sexo.

La exigencia de la diversidad de sexo en nuestra legislación también surge de los términos del artículo 4º de la Ley N° 1/92, que define el matrimonio como "*la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer*".

Sin embargo, sociedades muy liberales como la holandesa, admite actualmente el matrimonio entre personas del mismo sexo.

La exigencia de la diversidad de sexo es sustancialmente imprescindible, como también lo es la expresión de la voluntad positiva de los contrayentes. Esto es, el consentimiento libremente expresado por los mismos. Su observancia es de una relevancia tal, por cuanto que la existencia del acto, queda supeditado a ella. (Art. 5º Ley N° 1/92).

La dualidad de sexo es además determinante para la consecución de uno de los fines del matrimonio (la procreación y educación de la prole), que a su vez satisface el instinto maternal.

2) La relación estable: La unión debe ser estable y no meramente fugaz, pues de no ser así, el matrimonio podría constituir mas bien un desahogo pasional o hasta una manifestación de capricho o una simple extravagancia.

3) La unión monogámica: La aspiración del individuo por la exclusividad del sentimiento amoroso ha instituido como tendencia casi absolutamente mayoritaria la monogamia, aunque los árabes aún persisten con sus prácticas poligámicas. Y hasta la poliandria (unión de una mujer con varios hombres) o la poliginia (unión de un hombre con varias mujeres) es aún practicada en pueblos menos cultos y casi carentes de escrúpulos morales.

El artículo 17, inciso 2 de la Ley N° 1/92, establece: Que no pueden contraer matrimonio los ligados por vínculo matrimonial subsistente.

4) La unión personal: Si no fuera una relación eminentemente personal, habría que caracterizarla en otro esquema más afín a los negocios jurídicos de contenido patrimonial, pero no como una unión conyugal, es decir como un proyecto común de vida.

4. FINES DEL MATRIMONIO

Cuando se habla de los fines del matrimonio, no es dable auscultar los que pueda tener cada uno de los contrayentes, es decir, la causa o motivo que impulsa a cada uno de ellos a celebrar tan trascendente acto.

Sólo es posible hacer referencia a los fines trazados por el legislador al reglar jurídicamente la institución matrimonial. Esto es, objetivo o mejor objetivos que el Estado se propone lograr a través del matrimonio, los que se mencionan a continuación:

- a) Constitución de la familia legítima: El hombre normalmente busca una compañera con quien compartir su destino. Interesa pues al Estado que ello se verifique en un marco de orden y permanencia, porque de ese trascendente acto nacerá una familia, que es embrión de la sociedad y base del Estado. Es por eso que establece claramente requisitos a cumplirse en su celebración, al igual que los derechos y obligaciones asignadas a cada uno de los contrayentes.

- b) Procreación: Una de las funciones primarias de todo ser viviente es la reproducción. Lógicamente, el hombre no escapa a este principio. Interesa pues al Estado la situación social y civil de la descendencia, y encuentra en el matrimonio el soporte adecuado para ejercer la protección en ese delicado quehacer.

- c) Cuidado de la prole: Siendo el matrimonio fuente elemental de la familia, en su seno, y bajo el cuidado de la pareja, crecerá y se desarrollará la prole. En ambos asuntos, el interés del Estado es obvio, dado que la sana constitución familiar indudablemente facilitará la construcción de una sociedad más ordenada, solidaria, pacífica y más fraterna en cuyo marco el Estado hallará el clima propicio para la consecución de sus más altos fines, de progreso y prosperidad de sus habitantes.

5. NATURALEZA JURÍDICA

La determinación de la naturaleza jurídica del matrimonio ha dado lugar a particulares dificultades y disenciones.

Es clásica la oposición entre considerarlo como contrato o como institución.

La concepción contractual presenta dos vertientes, a saber:

a) Concepción contractual Canónica: Para los canonistas, el acto de celebración de matrimonio, es a la vez que sacramento, un contrato.

Aducen que lo es, en razón de reunir los elementos esenciales para su existencia: sujetos, objeto y consentimiento.

Afirman sin embargo que presenta características especiales que lo distinguen de todos los demás contratos.

Explican que es distinto por su origen, porque entienden que es un contrato natural, impuesto por la naturaleza en bien del género humano.

Estiman además que es diferente por su objeto, por cuanto que sus efectos y los deberes que de él derivan están determinados por la naturaleza, no pudiendo ser alterados en consecuencia por los contrayentes ni por la autoridad social.

Otro elemento que establece la diferencia, es su estabilidad y duración. La concepción canónica considera al matrimonio como contrato perpetuo e indisoluble, pues no admite rescisión por mutuo acuerdo ni disolución por autoridad humana.

b) Concepción contractual civil: Esta corriente sostiene que es un contrato, porque la necesaria formulación del consentimiento de los contrayentes, constituye un acuerdo de voluntades destinado a regular derechos. Esta corriente alcanzó su máxima consagración en la Constitución de la República Francesa de 1791 (artículo 7°), al establecer que la ley no considera al matrimonio sino como un contrato civil.

Los críticos de esta postura señalan que los contrayentes al prestar su consentimiento, en forma libre y voluntaria, queda consumado el acto, y en adelante, es la ley la que con prescindencia de la voluntad de las partes determinará sus consecuencias.

Matrimonio como institución social: Autores como Borda, Frias, Prayones en la Argentina, y el mismo Vélez Sarsfield, consideran el matrimonio como una institución social fundada en el consentimiento prestado por las partes (los cónyuges). Explican que los derechos, las obligaciones y los deberes de los esposos no son establecidos por las partes, sino que la ley civil los estipula, y no pueden ser alterados por los interesados, en este caso, los contrayentes.

Precisan que el contrato se caracteriza por la amplia libertad de las partes para poder agregarle o suprimirle condiciones, efectos, extenderlo y modificarlo en todas las formas posibles. En el matrimonio esto no se admite. Una vez celebrado el matrimonio, la voluntad de las partes no impera. Ambas quedan sujetas a reglas legales inflexibles, de las cuales no pueden apartarse. El Código Civil de Filipinas de 1949,

artículo 42, expresa: “El matrimonio no es un mero contrato, sino una institución social inviolable”.

Señalan que la relación jurídica surgida de la unión matrimonial, presenta dos características: a) Una de libertad en cuanto toda persona puede o no casarse, y otra de b) Necesidad porque esa misma persona, una vez casada queda sometida a las prescripciones de la ley.

6. EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO FAMILIAR

Buena parte de la doctrina moderna considera que el matrimonio es un acto jurídico familiar (negocio jurídico familiar en la terminología italiana y española). Coinciden con esa posición Messineo y Stolfi en Italia, Puig Brutau y Díez Picazo en España, Ripert, Mazeaud y Bonnacase en Francia, Spota, Rébora y Zannoni en Argentina.

Sus partidarios, discuten no obstante si se trata de un simple acto jurídico bilateral o si la intervención del oficial público en su celebración lo convierte en acto jurídico complejo.

La duda se plantea como consecuencia de que su actuación (la del oficial público, quede claro) no se limita a recibir las declaraciones que hacen al consentimiento de los esposos, sino que además pronuncia en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio.

Concluyendo, diré que en principio es un acto jurídico bilateral en cuanto las partes son los contrayentes. Pero es a la vez complejo por cuanto su perfeccionamiento depende de una declaración de voluntad constitutiva, la del oficial público.

**“RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS”**



RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Manuel Ramírez Candia*

I - INTRODUCCIÓN

El obrar humano, a veces, puede constituirse en causante de daños a sus semejantes, estos tienen reglado en el derecho las vías para requerir la reparación del daño sufrido. La responsabilidad civil o derecho de daños, significa, precisamente, la obligación de prestar una reparación pecuniaria que restablezca la situación patrimonial anterior, esto es, haga desaparecer la lesión sufrida por alguien.

El daño que consiste en “el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o patrimonio”¹⁴ puede ser causado por un ser humano actuando en forma individual o al amparo de ciertos entes o esfera de imputación distinta a su persona. Estos entes de actuación humana se encuentran regulados en el Código Civil y leyes complementarias, son las personas jurídicas a las que se reconoce el carácter de sujeto jurídico distinto de sus miembros,

* Abogado, Egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica en el año 1989. Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Caaguazú y San Pedro. Profesor de “Derecho Constitucional y Administrativo” en la Universidad Católica, Sede Regional Villa Rica del Espíritu Santo. Profesor de “Derecho Constitucional y Laboral” en la Universidad Católica, Sede Regional Coronel Oviedo. Profesor de “Finanzas Públicas” en la Universidad Nacional de Coronel Oviedo. Profesor de “Derecho Político” en la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte. Maestría en Administración Pública por la Facultad de Ciencias Contables y Administrativas de la Universidad Católica. Publicaciones: “Interpretación Constitucional” Revista La Ley 1998. Miembro del Consejo de Facultad de la Universidad Católica. Ex Convencional Constituyente.

¹⁴ Larenz, Karl. Derecho de las Obligaciones, Volumen 2, trad. esp. Pág. 163

patrimonio independiente y capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Las actividades humanas efectuadas por medio de las personas jurídicas, sean públicas o privadas causante de daños y que motivan la obligación resarcitoria se analizan desde las siguientes perspectivas:

- 1) *Evolución histórica* de la responsabilidad civil de las dos categorías de personas jurídicas, tanto privada como pública.
- 2) *Los presupuestos de la responsabilidad* de los mismos.
- 3) *Causas eximentes de responsabilidad*.

La evolución histórica de la responsabilidad civil será abordada desde una perspectiva general, de modo que la misma es comprensiva para las dos categorías de personas jurídicas: Privada y Pública.

Los presupuestos de responsabilidad tanto de las personas jurídicas públicas, como de las personas jurídicas privadas serán analizados en forma separada atendiendo a la diferencia de caracteres y funciones de estas entidades.

Las causales por las cuales estas personas jurídicas quedan exoneradas de la responsabilidad civil guardan identidad, salvo las que se vinculan a sus funcionarios.

II- FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y EVOLUCIÓN DOCTRINARIA

La sociedad romana se articuló sobre tres grandes máximas del comportamiento social: “Vivir honestamente; dar a cada uno lo suyo y no causar daños a los demás” (Ulpiano).

Esta tercera máxima, se constituye en el fundamento histórico del derecho de daños, la misma alcanzó en la sociedad romana la protección a través de la “Lex Aquilia” que tenía una finalidad

resarcitoria y el fundamento de la responsabilidad del causante del daño era la culpa en cualquiera de sus grados.

Esta concepción romana de la responsabilidad civil se mantuvo intacta hasta finales del siglo XIX, y se plasmó en el campo doctrinal, en la teoría clásica de la culpa o teoría subjetiva y, en el campo legislativo, en los artículos 1.382 y 1.386 del Código de Napoleón.

1- La responsabilidad civil subjetiva: como vía de acceso a la responsabilidad civil se fundamenta en la culpa del agente causante del daño, que se estructura en términos legislativos en el Código Napoleónico y en el Código de Dalmacio Vélez Sarsfield, en la que el autor del daño responde sólo y porque el mismo se ha producido por su culpa y exige la concurrencia de tres presupuestos esenciales para la responsabilidad civil del agente, que son la antijuridicidad, la imputabilidad y la culpabilidad.

Nos encontramos, con una concepción fundada exclusivamente en la culpa del agente. Ello implica que la preocupación del sistema jurídico no era tanto la indemnización de la víctima debido a la limitación de los casos en los que el autor del daño estaba jurídicamente obligado a soportarlo. En definitiva, *“la irresponsabilidad es la norma, la responsabilidad es la excepción”*

CRISIS DE LA TEORÍA: EL CAMINO HACIA LA OBJETIVACIÓN

A finales del siglo XIX, se constata que esta teoría es inapropiada para las necesidades sociales de la época. En efecto, en la segunda mitad del siglo XIX, aparece el “maquinismo”, la industria utiliza nuevas energías, como el vapor y la electricidad y se desarrolla la “revolución industrial”, caracterizada por la producción en masa y por las dificultades del control de esa producción, lo cual va a cambiar rápidamente las costumbres y el modo de vida del hombre. Ello sin embargo, tendrá un elevado costo por la multiplicidad de accidentes producidos por la proliferación y defectuoso control de las máquinas.

En estas circunstancias, las víctimas, condicionadas por la necesidad de que el daño sea imputable a una conducta culposa de alguien y por la dificultad de cumplir la exigencia de probar dicha culpa, se encuentran en la mayoría de los casos desprotegidas.

Esta situación nueva, caracterizada por la existencia de una cada vez más numeroso grupo de víctimas que no encuentran satisfacción, va a producir una reacción hacia una cierta objetivación de la culpa. Esta evolución se va a efectuar en tres planos que no siempre actuarán sincronizadamente, a saber: la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

2- *La responsabilidad civil objetiva*: La doctrina ha propuesto variadas soluciones a la situación provocada por la crisis del sistema de responsabilidad basado única y exclusivamente en la culpa del agente causante del daño. Estas soluciones se agrupan en tres sistemas: la teoría de la culpa civil o social; y la teoría de la garantía.

1. LA TEORÍA DEL RIESGO

Surge a finales del siglo XIX, como consecuencia de la insatisfacción que producía numerosos accidentes provocados por la fabricación en masa escasamente controlada, tanto a los obreros como a los usuarios y dentro de ella se han desarrollado sucesivamente diversas vertientes, entre las que se puede citar:

a) *La teoría del riesgo-beneficio*: sus partidarios, siguiendo la máxima "*Ubi emolumentum, ibi onus*", afirman que el fundamento de la responsabilidad civil se sitúa en la concepción del riesgo. Es normal, y conforme a la moral, que quien se aprovecha de una actividad, soporte las consecuencias dañosas que se deriven de ella.

En esta concepción de la responsabilidad civil, ya no es necesario probar, ni presumir, la culpa del autor del daño. El responsable debe reparar el daño "porque se beneficia de la actividad de la que se derive". La víctima sólo debe probar la relación de causalidad entre el daño y la actividad del responsable.

Esta teoría ha inspirado toda la legislación sobre los accidentes laborales y sobre la responsabilidad objetiva de determinadas ramas de la actividad empresarial generadoras de potenciales riesgos graves. Sin embargo, la teoría del riesgo basada únicamente en el beneficio se muestra insuficiente cuando los daños se producen fuera del ámbito de cualquier actividad lucrativa. Por ello, se buscaron nuevas soluciones.

b) *La teoría del riesgo creado o agravado*: Esta doctrina sostiene que el concepto de “beneficio”, que es la contrapartida de la obligación de reparar el daño, debe ser entendido en su acepción más extensa. El fundamento de la responsabilidad civil se encuentra, única y exclusivamente, en el riesgo “creado o agravado” por la actividad del agente. Con ello, se hace abstracción del beneficio obtenido por el autor del daño, ya que la obligación de reparar se justifica sobre la actividad objetiva, presumiéndose que el responsable obtiene de ella un “beneficio”, material o moral.

Esta concepción de la teoría del riesgo, excesivamente extensa y objetiva, presenta los siguientes inconvenientes:

- el concepto de beneficio incluye a todas las actividades humanas, por lo que el temor de una responsabilidad civil objetiva podía paralizar determinadas actividades sociales.

- hace abstracción del “beneficio” obtenido por la víctima en el curso de la actividad, o inactividad, en el que se produjo el daño.

- no tiene en cuenta la función que la “culpa” mantiene en materia de responsabilidad civil: concurrencia de culpas; culpa exclusiva de la víctima, etc.

Estas razones propiciaron la búsqueda de soluciones eclécticas.

c) *La teoría mixta*: Los partidarios de esta teoría sostienen que la responsabilidad civil se fundamenta en la “culpa” y el “riesgo”. Dentro de ella, desarrollaron dos tendencias sobre la forma en que estos dos fundamentos se han de articular entre sí. La primera tendencia sostiene la preeminencia de la culpa: la culpa es la principal y más justa fuente de responsabilidad. El riesgo tiene un papel secundario, ya que sólo actúa en forma subsidiaria, en los casos en los

que la equidad exige que la víctima obtenga la reparación de los daños sufridos.

La segunda tendencia sitúa a la culpa y al riesgo en un plano de igualdad, considerando que ambos constituyen los dos polos de atracción de la responsabilidad civil.

2. LA TEORÍA DE LA CULPA SOCIAL

Esta doctrina rechaza por materialista la teoría del riesgo. Sus defensores aducen que la responsabilidad no se puede reducir a constatar la existencia del daño y la existencia de quien materialmente lo ha causado.

El fundamento de la responsabilidad civil será la disconformidad del acto con la norma de conducta. Se llega así a la noción puramente positivista y amoral de la culpa.

3. LA TEORÍA DE LA GARANTÍA

La teoría de la garantía rechaza por incompletas las teorías de la responsabilidad basadas en la culpa, tradicional o social, y en el riesgo. Esta doctrina sostiene que ambas concepciones reducen el fundamento de la responsabilidad al ámbito de actuación del causante del daño, omitiendo toda referencia a la víctima.

Los defensores de la misma aducen que la finalidad de la responsabilidad civil es resarcir el daño sufrido por el perjudicado. Ello implica la existencia de un previo derecho a la seguridad. Este derecho a la seguridad que, en determinados casos, entraña un conflicto con el “derecho a actuar”, habría de prevalecer en los supuestos de daños corporales y materiales y cedería ante el segundo en los casos de daños de naturaleza estrictamente económica o moral, independientes de cualquier lesión corporal o material, los cuales estarían sometidos al puro sistema culpabilístico.

III - LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. CONCEPTO

El Código Civil no define las personas jurídicas, por lo que atendiendo a las notas características que se atribuyen a estos entes por nuestra legislación, podemos conceptuarlo en los términos siguientes: “la persona jurídica constituye un sujeto jurídico ideal distinto a los miembros que la componen con patrimonio propio y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones”.

En los términos de Francisco Ferrara “es la vestidura orgánica, con la que ciertos grupos de hombres o establecimientos se presentan en la vida del derecho”¹⁵ para participar en las relaciones sociales.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Etimológicamente, la expresión responsabilidad proviene del latín “*responsus*” cuyo significado aproximado es “constituirse en garante”. El Prof. Bonifacio Ríos Ávalos define la responsabilidad civil en los términos siguientes: “es una carga que recibe el agente por imperio de la ley, en virtud de los factores de atribución de la misma, por tratarse del autor de una conducta dañosa, o por guardar una relación con el autor del daño o la cosa o actividad productora del daño”.¹⁶

También, se puede decir en expresiones de *Hely Lopes Meirelles* que “responsabilidad civil es la que se traduce en la obligación de reparar daños patrimoniales y se responde con una indemnización”.¹⁷

¹⁵ Ferrara, Francisco. Teoría de las Personas Jurídicas, Editorial Bosch, Barcelona 1.943, Pág. 162.

¹⁶ Ríos Ávalos, Bonifacio. Teoría de la Responsabilidad Civil, Revista Jurídica U.C., Pág. 224, año 1996.

¹⁷ Lopes Meirelles, Hely, Direito Administrativo Brasileiro, Pág. 545

La responsabilidad civil de las personas jurídicas consiste en el deber de reparar con bienes propios los daños causados por sus agentes (órganos, dependientes) o por las cosas que utilizan en el cumplimiento de sus fines.

3. FUNDAMENTO DE RESPONSABILIDAD

El fundamento de la responsabilidad civil de la persona jurídica por los actos de sus órganos radica en los supuestos siguientes:

a) Los órganos sociales entran en relaciones con terceros en virtud de su calidad o poder de dirección de que están investidos, y puede perjudicarlo por medio de los recursos sociales que tiene a su disposición y corresponde que un patrimonio responda cada vez que sus órganos ocasiona un perjuicio a terceros. Así, como el individuo soporta las consecuencias de sus actos, las personas jurídicas deben soportar los de sus órganos, ya que por medio de estos realiza su objeto.

b) Por otro lado, Francisco Ferrara lo fundamenta en el hecho de que si la ley atribuye a los entes ideales la posibilidad de querer y obrar por medio de las personas físicas, considerando como propia voluntad del ente la voluntad de éstos últimos, debe esta atribución de efecto su reconocida en el campo de lo lícito, y por esto del mismo modo y en el mismo sentido en que las personas jurídicas tienen capacidad de querer también tienen capacidad de delinquir.

4. CLASIFICACIÓN

De la normativa contenida en la Ley N° 388/94 modificatoria del Código Civil, y la Ley N° 1034, del Comerciante, se desprende la siguiente clasificación de las personas jurídicas:

- a) Personas jurídicas de Derecho Público Interno.
- b) Personas jurídicas de Derecho Público Externo.
- c) Personas jurídicas Privadas o Voluntarias.

Personas Jurídicas de Derecho Público Interno:

- a) El Estado;
- b) Los Gobiernos Departamentales y las Municipalidades;
- c) Los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y demás entes de derecho público, que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse;
- d) Las Universidades;¹⁸
- e) Partidos Políticos;
- f) Iglesia Católica y Confesiones Religiosas.

Personas Jurídicas de Derecho Público Externo:

“Son también personas jurídicas los estados extranjeros, los organismos internacionales reconocidos por la República, y las demás personas jurídicas extranjeras”¹⁹

Personas Jurídicas Privadas o Voluntarias:

- a) Asociaciones de bien común y capacidad restringida;
- b) Fundaciones;
- c) Cooperativas;
- d) Sociedades comerciales;
- e) Empresa individual de responsabilidad limitada.²⁰

5. CARACTERES COMUNES

Sean ellos públicos o privados presentan las siguientes características comunes:

¹⁸ Ley N°388/94 “Que establece disposiciones sobre la constitución de las Sociedades Anónimas y modifica artículos de la Ley N° 1.183/85, “Código Civil”, Art. 91.

¹⁹ Art. 92 “Código Civil”.

²⁰ Ley N° 1034, del Comerciante.

1. *Personalidad jurídica propia*: La atribución de la personalidad es un mecanismo legal por la que se le reconoce la condición de sujeto de derecho distinto al de sus miembros.

Las personas jurídicas públicas adquieren su personalidad de la propia Constitución o de la Ley, y las privadas, en algunos casos, desde su inscripción en el Registro Público pertinente. Las sociedades que tiene por objeto la actividad de intermediación financieras y de seguros requieren de la autorización previa de los organismos públicos pertinentes. Las Cooperativas deben inscribirse en el Registro del Instituto Nacional de Cooperativismo.

2. *Autonomía patrimonial*: Los bienes afectados por sus miembros al cumplimiento de los objetivos de las personas jurídicas son independientes al patrimonio de sus miembros.

3. *Separación de responsabilidad* entre la persona jurídica y sus miembros (Art. 94 C.C.).

4. *Imputación de los actos de sus órganos a las personas jurídicas*.

IV - PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Las personas jurídicas privadas estarán obligadas a reparar los daños que causan a las personas, cuando concurren los presupuestos fácticos siguientes:

a) *Hecho productor de daños imputables a sus órganos o dependientes y las que provienen de las cosas que utilizan, sean consecuencia de actos materiales o jurídicos comisivos u omisivos.*

- Actos de los órganos: Los órganos son los agentes de dirección y administración por medio de los cuales actúan las personas jurídicas. La cantidad de órganos que componen las personas jurídicas difieren en cuanto a su naturaleza y objetivos. Las personas jurídicas pluripersonales como las sociedades y cooperativas deben contar en forma obligatoria con los órganos siguientes:

- Asambleas
- Órgano de dirección
- Órgano de administración
- Órgano de control
- Órganos voluntarios: son los constituidos por voluntad de sus miembros, se establecen en el acta constitutiva o en los estatutos en virtud del principio de la libertad jurídica establecida en el artículo 9 de la Constitución Nacional.

La persona jurídica de naturaleza unipersonal, como la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, que se regula en la Ley N° 1034, del Comerciante, debe contar por imperio de dicha ley con un administrador (Art. 16 inc. (f)) y las demás que el instituyente disponga en el acta constitutiva de dicha entidad.

Con respecto a las funciones se exige que estén conformados por los órganos de dirección y administración (Art. 129 Código Civil), y los demás impuestos por voluntad de su instituyente.

El fundamento legal de la atribución a las personas jurídicas de los actos de sus órganos, se halla en el artículo 97 del Código Civil, que dispone: “Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus órganos”.

- Actos de los Dependientes: El artículo 98, última parte, establece que también serán responsables de los daños causados por sus dependientes. El dependiente es la persona que presta sus servicios sometidos al poder de dirección de la persona jurídica. Para que el acto de estas personas comprometan la responsabilidad del principal deben concurrir los requisitos siguientes:

a) *Relación de dependencia*: “Es una relación más amplia que la dependencia laboral, y se configura con el hecho de que el dependiente reciba órdenes o instrucciones del principal”.²¹

b) *Ejercicio de la función*: El principal “no puede responder por todos los actos del dependiente, pero sí de todos los actos realizados con motivo o en ocasión de la función”.²²

c) *Inexistencia de culpa del tercero*: Si el daño es producido por culpa de la víctima o de terceros, las personas jurídicas no asumen responsabilidad (Art. 1842 del Código Civil, última parte).

El fundamento de la atribución de responsabilidad por los actos de los dependientes se basa en tres teorías objetivas de atribución, que son:

a) Teoría de la presunción de culpa “*in eligendo*” e “*in vigilando*”, es decir, existe culpa del principal por su elección del personal o por no vigilarlo. Es sólo una presunción *juris tantum*.

b) Teoría de la Presunción de culpa *iure et de iure*, por culpa del principal no admite prueba en contra.

c) Teoría de la Garantía, el principal asume la obligación de reparar por el deber de garantía hacia los terceros. Se trata de una responsabilidad objetiva que obviamente no admite la prueba de la no culpa del principal.

- Hechos materiales que son los daños que producen las personas jurídicas por las cosas que utilizan para el cumplimiento de sus fines sociales.

²¹ Ghersi, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de daños. Editorial Astrea. Pág. 122. 1.997

²² Ghersi, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de daños. Editorial Astrea. Pág. 123. 1.997

b) *Existencia de daño reparable*: La definición legal del daño se expone en el artículo 1.835 del Código Civil según el cual el daño reparable implica causar algún perjuicio a otro en su persona, derecho o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión.

La configuración legal del daño es lo suficientemente amplia para abarcar los daños de tipo económico y extra económico.

Los daños de tipo económico pueden ser:

a) A la persona humana: en su capacidad de generar riquezas como su capacidad laboral, su capacidad potencial por instrucción o educación, que se presenta en la hipótesis de disminución de su aptitud psicofísica para adquirir estos conocimientos.

b) Al patrimonio, como violación del derecho real de dominio.

Daños extraeconómicos:

a) A la persona:

- Daño moral;
- Daño psíquico;
- Daño biológico;
- Daño estético;
- Daño al patrimonio afectivo.

La doctrina por su parte exige que el daño reúna los requisitos de:

a) Certidumbre, está relacionada con su existencia material y no conjetural.

b) Que sea personal del damnificado o sus herederos, en caso de haberse producido su muerte con el hecho causante del daño (Art. 1835 del Código Civil).

Los daños pueden ser causados por:

a) Los órganos de las personas jurídicas

b) Los dependientes de las Personas Jurídicas

Estos fueron analizados al explicar el primer presupuesto de la responsabilidad.

c) Las cosas de que se sirvan las personas jurídicas.

Los daños producidos por las cosas de que se sirven las personas jurídicas comprenden dos supuestos: a) El daño que se produce con la cosa; y b) El daño que se produce por la intervención relativamente autónoma y activa de las cosas.

a) Daño con las cosas: Cuando las cosas son un simple instrumento de los sujetos responsables de las Personas Jurídicas, y de escasa incidencia en el daño, estamos mas bien ante un hecho del sujeto imputable. Es una responsabilidad por hecho propio en lo que la vía de acceso a la responsabilidad es subjetiva.

b) Daños causados por las cosas: Se trata de daños causados por la intervención autónoma de las cosas que desbordan la actividad del hombre y el control material que se ejerce sobre ellos, estamos ante una atribución de responsabilidad por riesgo creado (Art. 1846 del Código Civil).

c) Relación de causalidad entre la acción u omisión de los órganos, y dependientes de las personas jurídicas y el daño causado.

Debe también existir una relación de causa-efecto entre la actividad riesgosa de las personas jurídicas, y el daño que se ocasiona.

El presupuesto de la culpa no tiene relevancia para la atribución de la responsabilidad civil a las personas jurídicas, siempre que concurren los supuestos de que: a) los agentes hayan actuado en ejercicio de sus funciones; y b) en beneficio de la entidad (Art. 98).

2. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE REPARACIÓN DEL DAÑO

Los daños ocasionados por los agentes de las personas jurídicas, algunas veces exoneran a éstas entendidas de la obligación de reparar dichos daños. Los supuestos fácticos de exoneración de la responsabilidad civil establecidas en nuestro Código Civil, son las siguientes:

a) Caso fortuito: Es aquel suceso no imputable al agente, imprevisible o previsto pero inevitable que determina la causación de un daño. Se puede hablar de caso fortuito en la causación del daño: a) que se origina en un evento o acontecimiento independiente de la voluntad del agente causante; b) que el acontecimiento sea imprevisible o previsto pero inevitable, y; c) que entre el mencionado acontecimiento y el subsiguiente evento dañoso exista un necesario vínculo de causalidad, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente,

El artículo 1842 del Código Civil, expresa que “el principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por caso fortuito”. En aplicación de esta norma legal, las personas jurídicas pueden exonerarse de la responsabilidad de indemnizar los daños que causan sus agentes si prueba la concurrencia del caso fortuito.

El concepto de fuerza mayor que define Enneccerus como “el acontecimiento conocible, imprevisible que no deriva de la actividad en cuestión, sino que viene de afuera y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente era de

esperar”²³, debe ser incluido dentro del concepto de caso fortuito que refiere el Código como eximente de la responsabilidad civil.

b) Culpa Exclusiva de la Víctima: Cuando entre el actuar del agente y el resultado dañoso que el mismo hubiese ocasionado, se interpone la actuación culposa de la propia víctima, también el principal se exonera de la responsabilidad de indemnizar, si acredita la circunstancia referida (Art. 1842 C.C.).

c) Legítima Defensa: Si el agente de la persona jurídica actúa en legítima defensa también excluye la responsabilidad indemnizatoria de su principal, conforme con la disposición contenida en el artículo 1838 del Código Civil al señalar que “El que obra en legítima defensa no es responsable del perjuicio que en tales circunstancias cause el agresor”. La legítima defensa se configura en los términos del artículo 19 del nuevo Código Penal, en los términos siguientes: “No obra antijurídicamente quien realizara una conducta descrita en el tipo legal de un hecho punible, cuando ella fuera necesaria y racional para rechazar o desviar una agresión presente y antijurídica, a un bien jurídico propio o ajeno”.

d) Estado de Peligro: Es otra hipótesis legal de exoneración de responsabilidad civil que se establece en el artículo 1.839 del Código Civil, en los términos siguientes: “*El que deteriore o destruya la cosa de otro, o hiera o mate al animal de otro, para evitar un peligro inminente, propio o ajeno, resultante de esta cosa o de este animal, no obrará ilegalmente si el deterioro o la destrucción fueren necesarios para evitar el peligro, si el daño no es desproporcionado con éste y si la intervención de la autoridad no puede obtenerse en tiempo útil. Si el autor del daño ha causado el peligro, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios*”. Debe considerarse que cuando la causación del daño ocasionado por el agente de la persona jurídica que en ejercicio de sus funciones actúen bajo las condiciones de la legítima defensa y estado de peligro también debe exonerarlo de la responsabilidad indemnizatoria.

²³ Ennerccesus, Ludwig. Tratado de Derecho Civil, Primer Tomo, Parte General, Volumen II, Editorial Bosh, Barcelona, 1935, pág. 447.

e) Delito Cometido fuera de sus funciones y sin beneficio para la entidad: Es causal de exclusión de responsabilidad civil de las personas jurídicas que se infiere por oposición de lo que dispone el artículo 98 del Código Civil, que transfiere a la persona jurídica la responsabilidad civil por los delitos cometidos por sus agentes en ejercicio de sus funciones y en su beneficio.

V - LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

I. CONCEPTO

Las personas jurídicas públicas abarcan al Estado, los gobiernos departamentales, municipales, los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta y los otros tipos de entes del derecho público.

El Estado es la organización jurídica de la sociedad dentro de un territorio determinado, dotado del poder político, cuyo origen es la voluntad del Poder Constituyente originario.

Los gobiernos departamentales y municipales son también entidades de derecho público de base territorial con autonomía normativa, administrativa, política y económica, que tienen su origen en la normativa constitucional.

Las entidades públicas autónomas y autárquicas son órganos públicos que se caracterizan por la auto-administración funcional y económica en el cumplimiento de sus objetivos.

Las entidades públicas de economía mixta son las que se constituyen con patrimonio social proveniente del sector privado y público. Todas estas entidades de derecho público se originan en sus respectivas leyes orgánicas.

También los partidos políticos son personas jurídicas públicas, cuyo origen proviene de la propia normativa constitucional,

pero deben estar inscritas en el Registro Electoral para la adquisición de la personalidad jurídica.

Responsabilidad civil, aquí debe ser entendida como el deber de los entes públicos de reparar económicamente los daños causados y que le sea imputable de derecho, por los actos materiales o jurídicos comisivos y omisivos.

2. EVOLUCIÓN DE LAS DOCTRINAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

“Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración -decía Hauriou- que reclama el instinto popular, cuyo sentimiento respecto al poder público puede formularse en estos dos brocados: que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe pero que pague el perjuicio”.²⁴

Llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por la administración, no ha sido, sin embargo, tan fácil, en el derecho comparado. Muy al contrario, la afirmación de un principio general de responsabilidad del Estado y de la administración pública ha exigido recorrer un largo camino, cuyo término sólo ha podido vislumbrarse bien entrado este siglo.

1. Irresponsabilidad del Estado: Por una combinación entre la potestas imperial romana y la concepción teocéntrica del poder del monarca, característica medieval, se formuló por los juristas ingleses, pero común a todo Occidente, el principio según el cual “el rey no puede hacer ilícito”. Dicho principio se prolongó en el Estado moderno por los teóricos del Absolutismo sobre la base del *princeps legibus solutus* y se prolonga incluso después de la Revolución Francesa, ya que la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789 sólo se refería a los daños estrictamente expropiatorios. Incluso, a

²⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo II, Pág. 355, Ed. Civitas.

finales del siglo pasado, *Lafferriere* afirmaba que “lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”.

Sobre este punto de partida se va a producir una doble evolución: la anglosajona, de base legislativa, y la continental de base eminentemente jurisprudencial.

2. Responsabilidad del funcionario: Estos conceptos indiscutiblemente no podían perdurar, y pronto se empezó a comprender que el rey no era un representante de origen divino, sino que, por el contrario, su poder emanaba directamente del pueblo al que gobernaba, por cuanto era él quien de un modo u otro se lo confería de acuerdo con la organización política imperante. Así, comenzó a visualizarse en el horizonte del derecho el concepto de responsabilidad.

Se pasó gradualmente de la idea de la irresponsabilidad más absoluta a la de responsabilidad amplia y completa, cuando ha mediado de parte del funcionario o empleado mal desempeño en el ejercicio de sus funciones o cuando llenando su cometido, perjudica a la persona o bienes de sus subordinados.

En ésta época el Estado sigue siendo irresponsable, pero quien resulta perjudicado por un acto dañoso, ilegal o injusto de un funcionario público, tiene acción contra él para reclamar la correspondiente indemnización.

En Inglaterra, por ejemplo, rige este principio: *The king can do not wrong*, y en este sistema existe una verdadera separación entre el Estado y la persona del agente o funcionario; irresponsabilidad absoluta de la administración y, a su vez, responsabilidad directa del funcionario o empleado.

En este sistema se considera al funcionario como mandatario del Estado y todo hecho que signifique responsabilidad para éste, implica una verdadera extralimitación del mandato. Extralimitación que no puede caer sobre el instituyente y cuyas consecuencias deben ser afrontadas sólo por la persona que la ha cometido.

3. Responsabilidad parcial del Estado: Algunos autores sostienen que la primera manifestación de responsabilidad del Estado fue la expropiación, acto por el que el Estado toma una propiedad para un fin público y reconoce al particular el derecho a ser indemnizado, existe aquí un principio de responsabilidad, pues desaparece el dominio eminente del Estado. Este principio de responsabilidad por un acto de la administración con el progreso de las ideas sobre esta materia, se extiende a todos los actos, cualquiera sea el órgano de que emana.

La dificultad aparece cuando el Estado ejecuta actos de gestión y cuando realiza actos de autoridad.

La tesis fue la siguiente: El Estado es responsable de los actos de gestión, pero no lo es de los actos de autoridad.

Este principio se encontraba, en cuanto a la responsabilidad, íntimamente vinculado a la de falta de servicio y falta personal, pues ambos consagran la responsabilidad parcial del Estado.

Esta teoría llevó a sus autores a sostener que la personalidad del Estado tiene una doble faz: Una persona jurídica de Derecho Privado, otra, persona jurídica de Derecho Público. Y esta doble faz corresponde una doble actuación: 1. *La de los actos de gestión*, que son aquellos actos que caen bajo la esfera del Derecho Privado, por existir una igualdad de derechos entre las parte; 2. *Los actos de autoridad*, que son aquellos reglados por el Derecho Público, donde existe una desigualdad de derechos y que caen en el dominio de las relaciones de poder.

Laferriere, quien propugna esta teoría expresa que si los actos perjudiciales de los funcionarios o empleados del Estado son actos de gestión, queda comprometida la responsabilidad pecuniaria de la Administración, porque el Estado los realiza con fines patrimoniales, es decir, análogos por su finalidad a los que realizan los individuos en su vida ordinaria de relación y resulta lógico y equitativo que si el personal del Estado realiza funciones al del individuo, se someta a las

normas del Código Civil, y responda con su patrimonio a la reparación del daño que hubiera causado.

Si el acto perjudicial es un acto de autoridad, entonces el Estado es irresponsable, porque no saca la fuerza obligatoria de sus decisiones de un derecho de carácter patrimonial sino de su soberanía, y por consiguiente debe imponerse a los administrados sin dar lugar por parte de éstos a reclamación alguna, a pesar del daño que esa medida les pudo ocasionar.

De acuerdo con estos principios, mientras más alta sea la función, más amplia será la irresponsabilidad.

Falta de servicio y falta personal: El Consejo de Estado Francés dejó la teoría de los actos de autoridad y de gestión para analizar la responsabilidad del Estado y llegó a la conclusión de que todo acto administrativo puede entrañar la responsabilidad del Estado, pero se subordina esta responsabilidad a una falta del servicio público.

Pero indicar con exactitud cuándo la Administración debe responder por los hechos de sus agentes, es necesario precisar la noción de falta de servicio.

Existe falta de servicio, cuando no se cumple, cuando se lo realiza en forma deficiente o tardíamente. Si el agente no es responsable porque ha puesto su empeño para que el servicio se cumpla en forma eficiente, entonces el Estado es directamente responsable.

Hay falta personal, cuando el funcionario se extralimita en sus atribuciones para cometer la falta.

Hauriou define la falta personal como aquella en la cual se descubre una mala intención del agente y por la que se extralimitó en la función. Es decir, hay intención de dañar, sabe que ese acto no le corresponde y a pesar de ello lo realiza. En este supuesto la responsabilidad no es del Estado, sino del funcionario.

4. Responsabilidad directa del Estado: Llegamos finalmente a la última etapa del concepto de responsabilidad del Estado. En este período se llega a reconocer la responsabilidad de la administración por razón del simple funcionamiento del servicio, sin que el demandante tenga necesidad de probar la culpa de los agentes.

Actualmente, y gracias al avance de las teorías sobre esta materia se afirma la responsabilidad directa y total de la administración, sin necesidad de conocer previamente si el daño se produjo por culpa del agente o de la administración.

El traspaso al Estado de las obligaciones provenientes de la responsabilidad de los funcionarios tiene la finalidad de poner al acreedor frente a un deudor cuya solvencia es inmiscuida en cualquier circunstancia.

3. FUNDAMENTO

a) Doctrinario: El análisis del fundamento de la responsabilidad del Estado nos conduce al de los criterios de imputación del daño, ya que éstos constituyen criterios particulares que consagran dicho fundamento.

Varios son los autores que, tanto desde el ámbito del derecho público como desde el del derecho privado, señalan un cambio de perspectiva en la teoría de la responsabilidad, según el cual el rol protagónico se ha desplazado del autor del daño a la víctima.

En la doctrina tradicional de la responsabilidad explica el fenómeno, vinculando la obligación de reparar con la idea de sanción. Dado un determinado comportamiento contrario a derecho, corresponde la sanción correlativa. En este enfoque no es difícil que la noción de responsabilidad aparezca ligada con la de culpa. La responsabilidad es la sanción por el hecho ilícito culposo. El dogma es, pues, “no hay responsabilidad sin culpa”.

La doctrina moderna, en cambio, desplaza la perspectiva desde la acción del sujeto responsable, al sujeto lesionado, definiendo a la responsabilidad como "imputación de un hecho dañoso a un sujeto". La responsabilidad del Estado, en esta nueva óptica, no persigue sancionar a un Estado culpable sino -como expresa Soto Kloss- algo mucho más simple: reparar un daño producido a una víctima en circunstancias de realizar al Estado sus funciones de bien común, las que aún pueden haberse llevado a cabo sin malicia o negligencia de sus agentes. La responsabilidad es concebida, pues, como un fenómeno reparatorio y no sancionador.

El daño, la pérdida, el menoscabo, el perjuicio o detrimento acaecido no desaparece con la indemnización, la que sólo sirve para desplazar las consecuencias económicas desfavorables producidas, desde el patrimonio de la víctima hacia el del responsable. La responsabilidad consiste esencialmente en transferir el daño desde la persona que lo sufrió a la persona que es designada como debiendo soportarlo. La cuestión es, entonces, determinar mediante qué criterios se realiza ese traspaso o imputación del daño.

1. Criterios subjetivos: La responsabilidad del Estado es reconocida en el derecho anglosajón, con fundamento en el criterio subjetivo de la culpa.

En los primeros fallos de la jurisprudencia francesa que recogen la responsabilidad del Estado través del concepto de "falta de servicio", algunos autores ven aún, una modalidad de responsabilidad fundada en criterios subjetivos, con base sobre todo, en la idea de culpa anónima, culpa o imperfección del servicio ("*culpa in comitendo*": el servicio funcionó mal, o "*culpa in omitendo*": el servicio no funcionó o funcionó tardíamente).

En nuestra opinión, tales fallos se encuentran a mitad de camino entre el criterio subjetivo de la culpa y los criterios objetivos, en cuanto -como señalan García de Enterría y Fernández - el sistema se basa en una falta objetiva, falta del servicio mismo, que no es necesario individualizar.

2. *Criterios objetivos*: Pueden manifestarse como criterios objetivos los siguientes:

- El criterio del riesgo, según el cual la responsabilidad de la Administración queda comprometida desde que se aprecia la existencia de un daño imputable a ella, por razón del riesgo creado por su actividad.
- El criterio del provecho, obtenido en la actividad que el Estado desarrolla. Constituye ejemplo de este supuesto, el “*arrêt Chavat*” del Consejo de Estado, de 1943, referido a colaboraciones voluntarias o expresamente requerida por la Administración.
- El principio de igualdad ante las cargas públicas, según el cual debe indemnizarse a quien soporta un perjuicio de carácter especial y anormal con relación a las cargas generales que la convivencia impone a todo ciudadano.
- El criterio del enriquecimiento sin causa, como principio general de derecho, con caracteres propios en el derecho público, según el cual el Estado debe responder por aquellas circunstancias que hacen mejor su condición en daño de otros, sin que haya mediado intención de liberalidad. Puede ponerse como ejemplo de aplicación de este criterio, el caso en que el Estado prohíbe una actividad hasta entonces lícita, ejercida por particulares, reservándose su explotación exclusiva, que le proporcionará beneficios.
- La aplicación analógica del principio de expropiación por causa de utilidad pública, según el criterio de que la Administración debe indemnizar cuando causa daño, degrada o destruye la propiedad de un particular (expropiación indirecta). Se ha objetado a este criterio, que si se expropia algo es para incorporarlo al dominio estatal, lo que no ocurre cuando se causa un daño material.
- El fundamento de la equidad, respecto del cual Bielsa observa que es tan elástico, que puede utilizarse tanto para considerar al Estado responsable como irresponsable. En tal sentido señala este autor: “La equidad es ya una panacea, ya un azote”, por cuanto lo equitativo es casi

siempre incierto, no sólo en lo que respecta a la procedencia de la reparación, sino también en la extensión de ésta.

- El principio de la aptitud para soportar el daño a través de su atribución entre grupos o la sociedad, según el cual será responsable aquel que tenga capacidad para absorber la pérdida y difundirla socialmente, supuesto que resulta enteramente aplicable al Estado. En la base de este criterio subyace una concepción social o solidarista de la responsabilidad.

a) *Constitucional*: La normativa constitucional que prescribe la obligación del Estado de indemnizar los perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones (Art. 39 de la C.N.) se halla fundada en la finalidad instrumental del Estado, que consiste en la tutela de los derechos fundamentales de las personas; la vida y su patrimonio, en el ejercicio de sus funciones. Y en consecuencia, el fundamento de la responsabilidad estatal dentro del Estado de Derecho es la justicia y la seguridad jurídica, por lo que la obligación de indemnizar resulta un lógico corolario de los principios del respeto a la dignidad humana, a la propiedad privada, a la igualdad ante las cargas públicas.

VI- RESPONSABILIDAD EN NUESTRO DERECHO VIGENTE

El artículo 39 de la Constitución Nacional dispone que *“toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños o perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. La Ley reglamentará este derecho”*.

Por otra parte el artículo 106 de la Constitución Nacional establece que *“Ningún funcionario quedará exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto”*.

Debe entenderse que esta disposición preceptúa la obligación directa del Estado por las actividades legales efectuadas en el ejercicio de sus funciones y en la que expresa o tácitamente se reconoce la obligación de indemnizar.

No se puede concebir que el Estado pueda actuar en forma ilegal, habida cuenta el principio de legalidad en que debe encuadrar su función y en la hipótesis de causar daño por actos irregulares, la misma sólo será imputable a los funcionarios y empleados públicos quienes asumen responsabilidad directa por los daños que causan en los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el ejercicio de sus funciones y el Estado sólo es responsable en forma subsidiaria (Art. 106 C.N.).

Er la hipótesis del derecho a la indemnización por error judicial, también debe entenderse que el Estado asume una responsabilidad subsidiaria porque el error judicial debe ser considerado como una transgresión del deber del juez de resolver las cuestiones litigiosas aplicando la Constitución y la Ley.

El ejercicio irregular de la función judicial hace incurrir al Juez en responsabilidad civil como dispone el artículo 16 del Código Procesal Civil, según el cual “el incumplimiento de los deberes o el ejercicio irregular de las facultades que las leyes imponen a los Jueces, los hará incurrir en responsabilidad civil. La cosa juzgada o la preclusión no obstan a la demanda de responsabilidad”.

En conclusión, se puede sostener que la normativa constitucional establece dos vías de responsabilidad estatal: *directa* (Art. 39) entendida como la legitimación del sujeto de reclamar la indemnización en forma directa al Estado e *indirecta* (Art. 106 C.N.) en cuyo caso debe efectuar la reclamación indemnizatoria previamente al funcionario causante del daño y sólo en caso de insolvencia de éste, reclamar al Estado la efectividad de su obligación subsidiaria.

1. RESPONSABILIDAD DIRECTA (ART. 39)

Ocurre cuando la causación del daño se halla autorizada expresa o tácitamente por la normativa constitucional o legal, hipótesis en la que el órgano o funcionario público causa daño en el ejercicio regular de sus funciones. Esta circunstancia ocurre en los siguiente supuestos:

- Expropiación de los bienes pertenecientes a particulares. El acto expropiatorio se halla permitido por la misma Constitución, con la consiguiente obligación de una justa y previa indemnización.
- Daño de guerra. El acto declaratorio de guerra conlleva implícitamente la autorización de dañar los bienes de las personas. Compartimos la afirmación del Dr. Pangrazio, de que si en el transcurso de una conflagración bélica se ordenara la demolición de un edificio por cuestiones estratégicas, no se puede responsabilizar de dicho acto al comandante que ordenó dicha demolición, sino al Estado. La doctrina administrativa exonera de responsabilidad al Estado por el uso de los poderes de guerra.
- Daño causado durante el Estado de Emergencia, en los casos de desastre y calamidad pública, autorizado por Ley (Art. 202 numeral 13 C.N.). También consideramos que la Ley declarativa del Estado de emergencia legitima la causación de daños a terceros con la finalidad de evitar la situación de emergencia. En este supuesto, los daños causados en aplicación de dicha ley debe ser asumido por el Estado.
- Daño causado por las cosas utilizadas por el Estado.

2. RESPONSABILIDAD INDIRECTA O ILEGÍTIMA

Es cuando el Estado asume la obligación de indemnizar por los actos irregulares de sus funcionarios.

Los actos irregulares pueden consistir en:

- a) Transgresiones, que deben ser entendidas como actos o hechos administrativos irregulares que se producen en violación de los principios de legitimidad, competencia y forma.
- b) Delitos, son las conductas tipificadas como tales en la normativa penal.
- c) Faltas, son las conductas tipificadas como tales en las leyes penales y administrativas.

En la hipótesis de la actuación irregular del funcionario público, éste asume la responsabilidad directa y el Estado sólo lo asume en forma subsidiaria en caso de insolvencia de su funcionario (Art. 1845 del C.C.).

En este caso, existe una diferencia con las dependientes de las personas jurídicas voluntarias en la que estas personas jurídicas por imperio del artículo 98 del Código Civil asumen la responsabilidad directa de indemnizar los daños causados por la comisión de delitos de sus dependientes siempre que estos actúen en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la misma.

VII- CLASES DE RESPONSABILIDAD

- La clasificación de la Responsabilidad del Estado se puede efectuar conforme con la doctrina administrativa, atendiendo a la naturaleza de la actividad productora del daño en:

a) *Contractual*: Cuando el daño es producto del incumplimiento de acuerdos bilaterales suscripto por el Estado con otro sujeto jurídico.

En el caso de daños emergentes de los contratos administrativos, debe reclamarse su resarcimiento directamente al Estado, en razón de que el sujeto dañado suscribe el contrato con el Estado y no con el funcionario que actúa en su representación, con derecho del Estado a la acción de repetición en caso de que el

incumplimiento contractual obedezca a una actuación irregular del funcionario.

b) *Responsabilidad extracontractual*: Deviene por las actividades unilaterales desarrollados por el Estado en el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad puede originarse en un acto o hecho del órgano legislativo, judicial o administrativo.

La responsabilidad legislativa se concreta en daños causados por una Ley del Congreso, en igual sentido la responsabilidad judicial surge de actos judiciales típicos. Las demás actuaciones de estos órganos causantes de daños constituyen responsabilidades administrativas.

Responsabilidad por actos en ejercicio de funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

Responsabilidad por acto Judicial: En esta materia, por principio general, la solución clásica ha sido la irresponsabilidad estatal, basada en que el acto jurisdiccional se caracteriza por su fuerza de verdad legal (cosa juzgada). Si se reputa que la sentencia declara el derecho, no puede surgir responsabilidad de ella, pues el acto es conforme a derecho.

Pero este principio cesa cuando, por un acto jurisdiccional posterior (revisión) dictado de acuerdo con los procedimientos establecidos al efecto, se reconoce que hubo error judicial en la sentencia impugnada.

Las víctimas del error judicial, por excepción al principio, tienen derecho indemnizatorio. Por ejemplo, cuando a alguien se lo condena y posteriormente se deja sin efecto la sentencia. Si el damnificado por el "error judicial" no obtuviera un resarcimiento por el daño que se le ha inferido, quedaría vulnerado el principio de la igualdad de las cargas públicas, y también se habría violado el derecho de propiedad en el sentido amplio en que lo entiende la jurisprudencia. Es indispensable que el Estado garantice la integridad y efectividad de la justicia que administra. La injusticia eventual,

aunque derive de sentencia definitiva, debe ser adecuada y oportunamente indemnizada.

Pero el problema de la responsabilidad estatal por ejercicio de la función judicial no se agota en el supuesto de las sentencias erróneas. Muchas veces los daños son provocados por actos procesales que no son sentencias; o por la irregularidad o deficiencia con que se ejecutan dichos actos procesales (decretos de embargo o el levantamiento de medidas precautorias, secuestros, extracciones de fondos depositados judicialmente, etc.).

Se sostiene la irresponsabilidad del Estado-Juez, en primer lugar, basándose en el principio de la autoridad de la cosa juzgada y, en segundo término, porque la actividad jurisdiccional, generalmente y pese a la existencia de un daño y de una víctima, es legítima y no culpable. No obstante, el Estado debe garantizar la integridad y plenitud de la justicia; por ello, y para evitar interpretaciones autoritarias evasivas de los principios constitucionales de la responsabilidad estatal, se propugna la sanción de leyes que expresamente establezcan la obligación de indemnizar a las víctimas en caso de error judicial.

Los requisitos exigidos por la legislación penal comparada son: 1) supuesto de revisión judicial, es decir, segunda sentencia de la que resulte la inocencia de un condenado; 2) procede la indemnización sólo a petición de parte, no de oficio; 3) la condena debe ser privativa de la libertad y por más de tres meses como plazo mínimo, es decir, no procede cuando la pena es de multa, inhabilitación o privación de libertad por menos de tres meses; 4) la víctima no debe haber contribuido al error judicial con su dolo o con su culpa.

Responsabilidad por acto Legislativo: La responsabilidad del Estado, en un sentido amplio y general, comprende, sin lugar a dudas, los daños causados por la potestad legislativa del Estado.

En principio se afirma la irresponsabilidad del Estado por daños causados por la legislación.

El Consejo de Estado francés se fundamentó en el principio de que la ley es un acto de soberanía, es voluntad colectiva del pueblo expresado a través de sus representantes y por lo tanto no puede causar daño a nadie.

Hoy día se admite en la doctrina que para la indemnización de los daños causados por los actos legislativos deben concurrir los siguientes requisitos:

a) El particular debe acreditar, en todo caso, la existencia de una lesión en sus intereses patrimoniales, de forma efectiva, como consecuencia de un acto normativo.

b) El perjuicio patrimonial causado por el particular debe superar la media normal de sacrificio que suele imponer la legislación.

c) No puede existir indemnización si se trata de una actividad prohibida, inmoral o contraria al interés general.

VIII- PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. LESIÓN RESARCIBLE

Al construir la responsabilidad de la Administración al margen de toda idea de culpa, el fundamento de aquélla se desplaza desde la perspectiva tradicional de la acción del sujeto responsable a la del patrimonio de persona lesionada; así el concepto de lesión patrimonial se convierte en la base del sistema. La responsabilidad, dice Enterría, “pasa a reposar de este modo sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que se ha producido una lesión patrimonial”. Dicho concepto se concreta:

a) *Inexistencia de causas de justificación*: Para que la lesión sea resarcible es necesario que no existan causas de justificación que legitiman como tal el perjuicio de que se trate. Estas causas han de ser expresas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido el perjuicio contemplado (por ejemplo, cumplimiento de un contrato, ejecución administrativa o judicial, exacción de un impuesto o el cumplimiento de cualquier otra obligación impuesta expresamente por la ley).

b) *La posibilidad de imputación a la Administración*: Si el perjuicio se imputase al mismo titular no habría antijuricidad y si se imputase a una causa extraña o una fuerza mayor, además de faltar la antijuricidad, no existía un sujeto al que atribuir el deber de resarcimiento.

c) *Concurrencia de los requisitos del daño*: El daño ha de reunir los caracteres de efectividad, posibilidad de evaluación económica e individualización en relación a una persona o grupo de personas. Además, debe ser objeto de una cumplida actividad probatoria, en cuanto a su existencia y extensión.

En cuanto a la carga de la prueba, corresponde al perjudicado, sin que pueda invertirse la misma, ni tan siquiera cuando la propia Administración ha admitido su responsabilidad.

-Daño. Posibilita el resarcimiento de todo tipo de daños, tanto materiales como personales e incluso los propios daños morales; sólo se excluyen y no por la naturaleza de los daños sino por su falta de efectividad los llamados daños eventuales (simplemente posible, pero no actuales).

-Efectivo y evaluable económicamente. Estas notas son comunes al derecho privado y no requieren más precisión, supuesta su exclusiva finalidad de evitar la inclusión en el ámbito de coberturas de simples perjuicios y aun de meras molestias subjetivas.

-Individualizado. Con este requisito se quiere indicar que ha de tratarse de un daño concreto residenciable directamente en el

patrimonio del reclamante y que exceda además de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social.

Reuniendo estos requisitos el daño es indemnizable cualquiera que sea su origen (un Reglamento, un acto administrativo, una actuación material o una simple omisión), superando la tendencia anterior a considerar responsable a la Administración solamente de los daños causados por su actuación material.

2. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO A LA ADMINISTRACIÓN

La imputación es un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño, en base a la relación existente entre éste y aquél.

Ha de precisarse que, dado el sistema de responsabilidad objetiva, no siempre se produce una identificación entre imputación y relación de causalidad. Esta identificación existe cuando el sujeto responsable es el que causa materialmente el daño; pero también puede ocurrir que la ley califique de responsable a un sujeto que no sea el autor material del hecho en relación de causalidad con el cual se ha producido el daño, en cuyo caso es exigible no sólo la relación de causalidad, sino, también un título jurídico de imputación al sujeto responsable.

a) *Presupuesto de la imputación*

-Un elemento subjetivo, consistente en que el daño tenga lugar en el seno de alguna organización administrativa y,

-Un elemento objetivo, consistente en que la actividad productora del daño esté sujeta al Derecho Administrativo.

b) *Título y modalidades de imputación del daño a la Administración:* El título de imputación básico es la titularidad administrativa de la actividad o servicio en cuyo marco se ha producido el daño. Ahora bien, este título de imputación puede revestir muy diversas modalidades.

- *Actuación, legítima o ilegítima, de una persona física.* Si el daño surge de la conducta de una persona física basta constatar la integración de la misma en la Administración prestadora del servicio o actividad, puesto que la expresión “funcionamiento normal de los servicios públicos”, al independizar las nociones de ilicitud y responsabilidad hace innecesaria cualquier otra indagación. Ello requiere las siguientes puntualizaciones:

1. Positivamente, el hecho de la integración en la organización administrativa permite ampliar la noción de funcionario a estos efectos más allá de los límites que resultan del concepto formal a todo tipo de autoridades, empleados o contratados e incluso a cualquier agente que por un título desempeñen, aunque de modo ocasional, esas funciones.

2. Negativamente, por no estar integrados en la organización, no imputan su actividad dañosa a la Administración, los concesionarios, los contratistas y en general los profesionales libres que ejercitan privadamente funciones públicas (por ej. Notarios).

3. Particular referencia merece el “funcionamiento anormal de los servicios públicos” ya que, aunque comprenda la conducta ilícita o culpable, es evidente que la cobertura no puede ser indefinida de forma que alcance a los daños derivados de actos puramente personales del agente más allá de los límites del servicio público. Por ello, si la actuación del agente más allá de los límites de la responsabilidad se imputa a la Administración aun en presencia de dolo penal, pero si la actividad dañosa es realizada por el funcionario o agente absolutamente al margen de las funciones de su cargo no se imputa a la Administración.

-*Imputación por riesgo creado por la Administración (Art. 1846 C.C.):* Ello resulta del riesgo creado por el funcionamiento de los servicios prestados por el Estado.

El caso fortuito, se caracteriza por dos notas esenciales, la indeterminación (la causa del accidente productor del daño es

desconocida) y la interioridad (daño directamente conectado al hecho productor del mismo), cuyos contrarios, la determinación irresistible (ordinariamente imprevisible en su producción y en todo caso irresistible aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista) y la exterioridad (causa extraña) singularizan la fuerza mayor.

-Imputación por enriquecimiento (Art. 1817 C.C.): El enriquecimiento sin causa a favor de la Administración es una última modalidad de imputación.

3. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

a) El problema de la causalidad: Cualquier acontecimiento lesivo se presenta normalmente no como el efecto de una sola causa sino más bien como el resultado de un complejo de ellas, por lo que en las dificultades nacen con el propio concepto de relación causal, tal y como ya hemos visto.

Una consideración abstracta, determinaría que cualquiera de esas causas es suficiente en la medida en que todas ellas contribuyen (así lo entiende la teoría de la equivalencia de las condiciones), pero ello es difícil de aceptar en términos de justicia; por ello se acude a determinar que la causa sea en sí misma idónea (teoría de la causalidad adecuada), pero aquí se plantea el problema de deslindar el poder casual de cada hecho y asignar a cada causa una parte del daño; por ello la Jurisprudencia (española y extranjera) renuncia a todo intento de categorización y se limita a resolver con un criterio pragmático caso por caso.

b) Incidencia de causa extraña, culpa de la víctima y hecho de un tercero: Existen determinadas circunstancias cuya aparición pueden servir para discutir acerca de la ruptura o no del nexo de causa existente entre el acto de la administración y el perjuicio ocasionado en el patrimonio del administrado. Entre ellas cabe enumerar el advenimiento de una causa extraña, la concurrencia de la culpa de la víctima y el hecho protagonizado por un tercero y el caso fortuito.

1. Incidencia de causa extraña. Es el supuesto de fuerza mayor en el sentido antes expuesto, que determina la exclusión de la responsabilidad.

2. Concurrencia de culpa de la víctima y del hecho de un tercero

IX- CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

Atribuida la responsabilidad al Estado, éste debe alegar y probar alguna circunstancia que obste a cualquiera de los elementos comunes y particulares de los distintos tipos de responsabilidad. Al no existir una regulación expresa a cerca de las causales que eximen de responsabilidad al Estado, consideramos aplicable el régimen en la responsabilidad civil establecido en el Código Civil.

a) *Caso fortuito*: El artículo 1.842 del Código Civil, expresa que “el principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por caso fortuito”.

b) *Culpa Exclusiva de la Víctima*: Art. 1.842 del Código Civil, última parte, dispone: “El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito”.

c) *Legítima Defensa*: El artículo 1.838 del Código Civil señala, “El que obra en legítima defensa no es responsable del perjuicio que en tales circunstancias cause el agresor”. La legítima defensa se configura en los términos del artículo 19 del nuevo Código Penal, que prescribe “No obra antijurídicamente quien realizara una conducta descrita en el tipo legal de un hecho punible, cuando ella fuera necesaria y racional para rechazar o desviar una agresión, presente y antijurídica, a un bien jurídico propio o ajeno.

d) *Estado de Peligro*: El artículo 1.839 del Código Civil, dispone: “El que deteriore o destruya la cosa de otro, o hiera o mate al animal de otro, para evitar un peligro inminente, propio o ajeno, resultante de esta cosa o de este animal, no obrará ilegalmente si el

deterioro o la destrucción fueren necesarios para evitar el peligro, si el daño no es desproporcionado con éste y la intervención de la autoridad no puede obtenerse en tiempo útil. Si el autor del daño ha causado el peligro, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios”.

e) Actuación legítima del funcionario: No puede atribuirse responsabilidad alguna al Estado cuando el daño que ocasiona la actuación de sus agentes se encuadra dentro de lo que la doctrina denomina funcionamiento normal de la administración, es decir, si la aplicación de la Ley por el Estado causa daño a una persona, no tiene obligación de reparar.

X- CONCLUSIONES

1) Las personas jurídicas tienen la obligación de reparar los daños causados por los agentes por medio de las cuales desarrollan sus actividades y por las cosas que utilizan para el cumplimiento de sus objetivos.

2) Los factores de atribución de la responsabilidad civil son eminentemente objetivos, es decir, se prescinde de la investigación de la culpabilidad del agente causante del daño. La indemnización de los daños por las personas jurídicas no constituye una sanción por la conducta culposa de sus agentes sino en una garantía para la víctima por el hecho de haber soportado un daño que no debía.

3) Las diferencias entre las personas jurídicas públicas y privadas en materia de responsabilidad civil, radican fundamentalmente en la asunción de las responsabilidades por los actos de sus agentes y por la naturaleza de sus funciones. Estas diferencias se hallan justificadas por los fines que persiguen estas personas jurídicas; las privadas el bienestar de sus miembros y las públicas el bien común.

“DE LAS ASOCIACIONES INSCRIPTAS CON
CAPACIDAD RESTRINGIDA”

DE LAS ASOCIACIONES INSCRIPTAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

Carlos Ernesto Torres Alarcón*

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho asociacional ofrece al profesional del derecho y al interesado en los problemas comunitarios, un amplio campo de análisis, de aproximación y comprensión de los más diversos fenómenos sociales y la riqueza de su contenido.

A los interesados en el tema se les abre la posibilidad de abordar el tratamiento y estudio de las asociaciones civiles, en el campo doctrinal y reglamentario, ya que la Institución se incorpora en el Código Civil sancionado como Ley N° 1189, promulgado por el Poder Ejecutivo, el 23 de Diciembre de 1985. En este cuerpo jurídico se destaca el tema citado por su amplitud y por la creación jurídica de nuevas modalidades asociativas, que se exterioriza y fundamenta en nuevas formas asociativas, que por su naturaleza, constituyen entidades de participación abierta, desarrolladas democráticamente, muy dinámicas y ajustadas a la realidad social²⁵.

Reconocida la tipicidad de las nuevas asociaciones, se pasa al estudio y análisis de derechos que son esenciales al hombre, hoy de aceptación universal y que se origina con la Declaración de los

* Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Ñeembucú. Ex Rector de la Universidad Nacional de Pilar. Director del Instituto para el Desarrollo de Pilar. Profesor Asistente en las cátedras de "Derecho del Trabajo y Seguridad Social" y "Derecho Procesal Civil I". Miembro del Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Pilar.

²⁵ Murillo, Enrique L.; El Derecho de Asociación, Editorial Tecnos, S.A. Madrid 1.996 Pág. 20

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948, la Constitución Nacional de 1870 y las otras Constituciones del Paraguay que garantizan el derecho asociacional, especialmente la Constitución Nacional del año 1992, que reconoce y garantiza con amplitud el libre ejercicio del Derecho de Asociación.

No se podrá lograr una clara comprensión de la materia si no nos adentramos al estudio de otros derechos y garantías que son presupuestos esenciales, tales como el pleno reconocimiento de la dignidad del hombre, el derecho a la libertad que implica igualmente el derecho de reunión y de participación, en la amplitud que hoy está concebida²⁶. Estos antecedentes son coincidentes con la reglamentación existente en el Código Civil, Libro I, De Las Personas y de los Derechos Personales en las relaciones de Familia, Título II, Capítulo I, artículos 91, 92, que individualiza las personas jurídicas que deben ser reconocidas, donde resalta especialmente en el inciso g) del artículo citado, las asociaciones inscriptas con capacidad restringida, creadas y orientadas con finalidades de bien común, en diferentes campos o materias donde se desarrollan las actividades del hombre, y a decir de Salvat "...contribuyen grandemente al progreso, al bienestar y al perfeccionamiento moral e intelectual del país".

Sobre la importancia de estas entidades, su esencia y naturaleza, se califican según los fines que se proponen, todas orientadas a la realización "del bien común", y hoy se traduce en Instituciones necesarias del hombre, en la búsqueda de satisfacer o paliar los muchos aspectos sociales negativos que solamente pueden superarse en parte, con la iniciativa particular y los modos asociados permitidos legalmente. La situación resulta aún más favorable cuando en la Constitución de 1992, al Estado se le reconoce una calidad jurídica especial, según el artículo 1º que dice: "*La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y la Leyes*". De la definición citada extraemos el componente social que posibilita en

²⁶ Murillo, Enrique L.: Obra citada, Pág.28

toda su extensión las formas asociativas, que en su naturaleza destacan por su altruismo, generosidad, solidaridad, filantropía, interés científico, cultural y vocación de servicio²⁷.

Debemos pensar sobre la viabilidad de las asociaciones, mas aún cuando se reconoce las limitaciones del Estado, en muchos casos impotente para atender todas las necesidades del hombre y son las asociaciones con fines de solidaridad, de cooperación y de participación colectiva, las encargadas de cubrir los campos específicos donde no es posible la gestión pública, o ella resulta insuficiente, por lo que la función de las asociaciones se vuelve insustituible, especialmente en el campo educacional, asistencial, de servicios, y otros. Por eso no podemos dejar de mencionar su importancia jurídica, política y social, la necesidad de remontarnos en los fundamentos constitucionales, relacionados con el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, su característica esencial que se da en la expresión de la sociabilidad apoyada en otros principios como la libertad personal que posibilita el pluralismo político, social y cultural. Estos principios definen las características de las sociedades contemporáneas, haciendo realidad las numerosas iniciativas sociales²⁸.

Según Juan L. Páez, autor del "Tratado teórico práctico de las asociaciones", "La asociación es así la resultante directa de la humanidad, de esa naturaleza libre del hombre; en el hecho es el multiplicador de sus energías. Reducido al simple estado de molécula social no habría llegado jamás a los progresos de todo orden que se ha realizado en el mundo civilizado"²⁹.

2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE ASOCIACIÓN

En el derecho de asociación es evidente su directa conexión con la dignidad de la persona, sobre la que se asienta todo el edificio

²⁷ Plano de Egea, José M. La Constitución de la República del Paraguay con sus fundamentos Art. 1º, Año 1.992, Editorial LD Asunción.

²⁸ Murillo, Enrique L.; obra citada Pág. 23

²⁹ Páez José I., Tratado Teórico Práctico de las Asociaciones, Tercera Edición, Ediar S.A. Editora Buenos Aires, 1.964, Pág. 21

constitucional³⁰. Además, como expresión de la sociabilidad humana, cumple una función clave al servicio de la libertad personal y es la proclamación del pluralismo político, social y cultural que caracteriza a las sociedades contemporáneas, organizando a los individuos y ayudándoles a proyectar socialmente, sus ideas, inquietudes afinidades, etc³¹.

El derecho de asociación tiene carácter instrumental con respecto a los otros derechos. En efecto, si bien es cierto que presume la existencia de libertades como las de pensamiento, religiosos o de expresión, y que algunos derechos, como el de reunión, son necesarios para su ejercicio, también lo es, que la asociación refuerza y facilita el de los derechos y libertades mediante la dimensión social y la organización estable que le proporciona³².

Hasta tal punto es así, que no es exagerado afirmar que la efectividad real de los derechos y libertades dependen en gran medida de la libertad asociativa.

La importancia del derecho de asociación en la actualidad es obvia, ya que, en la medida que está plenamente garantizado se realiza el Estado social democrático de derecho³³.

El rol que desempeña el derecho de asociación en nuestros días ha sido reconocido por los textos constitucionales. Así ya aparece en la Constitución Nacional de 1870, artículo 18. El doctor Félix Paiva en su obra: "Estudio de la Constitución del Paraguay", Tomo II, Página 106, que define: "El derecho de asociación es pues, natural como los de reunión y de petición. Los hombres se reúnen y se asocian para defenderse y satisfacer sus necesidades físicas y morales. Hay actividades que por el desgaste de energías que implican son superiores a la acción aislada del individuo, o por su naturaleza intrínseca no puede o no deben ser ejercitadas por el

³⁰ Murillo, Enrique L., obra citada Pág. 19

³¹ Murillo, Enrique L., obra citada Pág. 23

³² Murillo, Enrique L., obra citada Pág. 22

³³ Murillo, Enrique L., obra citada Pág. 22

Estado. Ellas deben ser objeto de la asociación, que suple así a las dos entidades referidas”.

La asociación es una agrupación más o menos permanente de personas, que tiene un objeto determinado y con una organización propia o que ella, así lo crea, para realizar aquel propósito. Implica pues, un fin prefijado, conocido, que se trata de servir, y las ideas de unos o más órganos adecuados para su consecución. Estos caracteres esenciales son los que precisamente la distinguen de la reunión³⁴.

El Dr. Justo Pastor Prieto en su obra “Constitución y Régimen político del Paraguay” en la página 281, con el Título: “El derecho de asociación”, dice: “La asociación es una unión voluntaria y durable de personas con el objeto de lograr algún fin lícito. Nuestra Constitución garantiza el derecho de asociación con fines lícitos en su artículo 76: *“Se garantiza a todos los habitantes a asociarse con fines lícitos...”*. *“Fines lícitos son aquellos que no son nocivos y que no se hallan prohibido”*.”.

La libertad de asociación no requiere de permiso para su reconocimiento. En el caso que se desee una personería jurídica, estará sujeta al régimen legal establecido. Esta libertad implica no solamente la voluntariedad para formarla, sino la libertad para pertenecer a ella y para salir de ella. La libertad de asociarse implica también la de no asociarse. Una asociación compulsiva es atentatoria de la Constitución Nacional³⁵.

En la obra de los doctores Emilio Camacho y Luis Lezcano Claude “Comentario a la Constitución”, página 22 con el Subtítulo: V, “Lo social en la Constitución de 1992”, analiza las normas constitucionales que responden a la concepción del Estado Social y explicitan el concepto enunciado en el artículo 1º Carta Fundamental y cita en el numeral 47 entre las declaraciones, principios, garantías y

³⁴ Paiva Félix, Estudio de la Constitución del Paraguay, Imprenta Nacional Asunción 1.927, Pág. 107

³⁵ Prieto Justo J., Constitución y Régimen Político del Paraguay, Imprenta Salesiana, El Lector, Asunción 1.987, Pág. 281.

normas sociales, “Fomento de las cooperativas y otras formas de asociación de bienes y servicios” (Art. 113), donde se garantiza además su libre organización y su autonomía, y más adelante, transcribe el artículo 42 “De la libertad de asociación”. Toda persona es libre de asociarse o agremiarse con fines lícitos, así como nadie está obligado a pertenecer a una determinada asociación. La forma de colegiación profesional será reglamentada por Ley. Están prohibidas las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar³⁶.

Es preciso resaltar que en la Constitución de 1992, se tiene la plena proclamación del pluralismo político, social y cultural, la promoción de la libertad y la igualdad de los grupos sociales. Artículo 9º “DE LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS”. *“Toda persona tiene derecho a ser protegida en su libertad y seguridad. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe”* Artículo 46: “DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS”. *“Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que la mantengan o la propicie. Las protecciones que se establecen sobre las igualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios”*³⁷.

De las normas citadas extraemos la importancia de los grupos sociales, de las organizaciones sociales autorizadas por nuestra legislación que al decir de Enrique Lucas Murillo, en su obra: “El derecho de asociación”, página 25, “Han de contribuir a la garantía de la dignidad de las personas, al libre desarrollo de la personalidad, al respeto de los derechos fundamentales que son inherentes a ésta, y a afianzar el orden político y la paz social sobre la base de la tolerancia, la solidaridad, el compromiso, el dialogo y la crítica”. Esto es asumir lo positivo, lo bueno del pluralismo, el relativismo que necesita la comprensión de una sociedad cada vez más compleja y las

³⁶ Camacho Emilio, Lezcano C. Luis, Comentario a la Constitución, Corte Suprema de Justicia Asunción, Año 1.997, Pág. 22

³⁷ Camacho Emilio, Lezcano C. Luis, Comentario a la Constitución, Corte Suprema de Justicia Asunción, Año 1.997, pág. 22

potencialidades que ofrece para impulsar formas de colaboración de los individuos orientadas a la renovación y al progreso social³⁸.

3. EL DERECHO DE ASOCIACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992

Por los antecedentes jurídicos y normas constitucionales que responden a la concepción de Estado Social de Derecho se reconoce implícitamente la relevancia social de las asociaciones, no solamente aquellas fundadas en las necesidades colectivas, o en aspiraciones al logro del bien común sino que se extiende a las asociaciones políticas, que se comprueba con la sanción del nuevo Código Electoral que reglamenta la formación de los partidos políticos. Asimismo se amplía a la creación de aquellas que están apoyadas en las garantías laborales, fomento de las cooperativas y otras formas de asociación de bienes y servicios ya citados. Queda así claramente consagrado el reconocimiento constitucional del derecho de asociación. Como hecho positivo, podemos señalar que se prescinde de mecanismos preventivos en la creación de las asociaciones y se reserva a los tribunales de justicia el conocimiento de los posibles abusos en que se pudiera incurrir. Esta orientación resulta coherente con el sistema político adoptado según el artículo 1º, última parte, que dice: “La República del Paraguay adopta para su gobierno la Democracia Representativa, Participativa y Pluralista fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”. Con esta norma se aleja toda posibilidad de que el Estado imponga restricciones al derecho a asociación.

4. CONCEPTO DE ASOCIACIÓN

Se entiende por asociación, el acto de varias personas que se unen libremente para la prosecución de unos determinados fines. También se da el nombre a la organización que nace de dicha unión. Según A. Torres del Moral, citado por Murillo en la obra: “El derecho de asociación”, “Asociación es toda unión libre de persona con vista a un fin común y bajo un régimen organizado de formación de su voluntad. Derecho de asociación es el que tienen dichas personas para

³⁸ Murillo, Enrique L., obra citada, pág. 25

vincularse libremente a esos entes. Libertad de asociación es, de un lado ese derecho subjetivo mencionado y, de otro, el régimen de desenvolvimiento no interferido de dichos entes³⁹. Conviene hacer resaltar que la palabra asociación “tiene doble significado, como libertad y como entidad organizada”. Esta última es una exigencia y una necesidad para quienes se asocian, a fin de dar continuidad a sus propósitos. Por eso, la decisión de asociarse comprende la de crear una organización idónea para la consecución de los fines, a los que se dirigen los esfuerzos, en base a un ordenamiento interno que regule su funcionamiento⁴⁰.

Finalmente cabe transcribir la definición formulada por Murillo en la obra ya citada, página 94, como “La facultad de constituir, con otras personas, un vínculo dotado de una mínima estabilidad, que se fundamenta en la común voluntad de alcanzar algunos fines lícitos prefijados por ellos, cooperando en la realización de determinadas actividades con sometimiento a unas reglas internas de adopción de decisiones, y se apoya y renueva, mediante una organización que se configura en función de dichos fines y actúa hacia el exterior como una unidad”⁴¹.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN

En el derecho común las asociaciones vienen reguladas en el Libro I, Título II, De las Personas Jurídicas. En la obra del doctor Miguel Angel Pangrazio “Código Civil Paraguayo Comentado”, Tomo Primero, página 271, reconoce la concepción romanista en las asociaciones y en las fundaciones. Define la expresión persona jurídica “Para designar a los sujetos de derechos constituidos con una pluralidad de individuos jurídicamente organizados”. Cita como antecedente el Código Civil Argentino que incorpora las opiniones de Savigny y Freitas, que habla con un significado equivalente, de personas de existencia ideal o jurídicas. Según el autor citado Savigny y su teoría de la ficción se incorpora en el Código Civil Argentino de

³⁹ Murillo, Enrique L., obra citada, pág. 90

⁴⁰ Murillo, Enrique L., obra citada, pág. 90

⁴¹ Murillo, Enrique L., obra citada, pág. 94

Vélez Sarsfield. Este tratadista tomó dicha denominación del Esbozo de Freitas, "Persona de existencia visible". La Comisión Nacional de Codificación trae en el anteproyecto la denominación de persona física y persona jurídica⁴².

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN

Resulta indispensable caracterizar la figura de la "asociación", ya que de su comprensión podrá tenerse nociones de otras cuestiones que se vinculan con la naturaleza jurídica del acto del cual derivan, su personalidad, sus relaciones, el carácter de sus órganos, sus atribuciones y poderes, sus derechos y obligaciones, la suerte de sus bienes, el derecho disciplinario. Lo preponderante en la asociación es la disciplina, lo que permite la participación activa de sus miembros inspirados en los fines esenciales del grupo. Este aspecto que recae en el desinterés del grupo por otros objetivos que no sean los nobles fines propuestos, distinguen de la sociedad civil o comercial, donde la finalidad apunta al logro material o comercial del grupo.

Los elementos constitutivos del acto de asociación, extraídos de la obra del Dr. Páez, pág. 53, son: 1º) Asociados; 2º) Postura en común de actividades o esfuerzos; 3º) Permanencia; 4º) Ausencia de rubro personal. El mismo autor formula una observación, al no incluir al patrimonio entre los elementos, en razón de que una asociación puede subsistir sin él. Pero no es menos cierto que para la realización de sus fines requiere de los medios materiales, situación que le lleva a afirmar: "lo único que basta es que tengan la posibilidad de adquirirlo"⁴³.

1º) El "*subtractum*" de la asociación son los asociados, se origina en la voluntad de los asociados. Según el derecho el "*consensus*" identificado en la simultaneidad de propósitos, exteriorización de la voluntad, condicionados al discernimiento,

⁴² Pangrazio, Miguel A., Código Civil Paraguayo Comentado, Libro I, Editora Intercontinental Asunción 1994, pág. 271

⁴³ Páez, José I., obra citada, pág. 53

intención y libertad. En el derecho de asociación hemos señalado los dos aspectos: la voluntad para crear o ser parte de una asociación y la voluntad de separarse o dejar de pertenecer a ella, basado en el principio de la libertad.

Concluye el acuerdo o la convención de los asociados con la manifestación formal que implica el "*animus asociandi*". Se reconoce por una parte el principio de la autonomía de la voluntad, aunque también debe ser reconocido en el derecho público, en razón de las consecuencias que se vinculan con el interés colectivo, económico y social del país. En cuanto a la capacidad de las personas se rigen por las normas del derecho común.

2º) En cuanto al segundo requisito, se resume en el conocimiento y en la participación efectiva en la realización del bien común por parte del asociado; es decir, facultades y esfuerzos personales, antes que los aportes económicos o pecuniarios. Aquí resalta nuevamente la existencia de un elemento natural que es el "espíritu asociativo", que está representado por todo el esfuerzo personal, participativo, de colaboración y de esfuerzos desinteresados a prodigarse hacia los fines sociales. En este punto, conviene hacer resaltar que ante el espíritu asociativo, es importante que los intereses particulares cedan ante las necesidades colectivas.

3º) El tercer elemento es la permanencia del acto. Muchas personas pueden ponerse de acuerdo para un acto, para un propósito, surgido de la unión de voluntades pero con un objeto temporal, accidental, que se cumple más con la agrupación o reunión de personas que se rigen por otros principios.

"El ideal de quienes se asocian no es otro que el de perpetuidad de la institución, y nadie piensa en factores adversos o que puedan conspirar contra ese anhelo. Las contingencias son, sin duda, muchas, pero en la medida que el tiempo pasa el propio espíritu de asociación se afirma y tal es lo que da ese carácter de duración indefinida a la entidad"⁴⁴.

⁴⁴ Páez, José I., obra citada, pág. 58

4º) Define la asociación en la ausencia del lucro. La coincidencia voluntaria de una postura en común, de facultades y conocimientos hacia fines superiores, colectivos, que escapan a los propósitos materiales o de lucro. La naturaleza esencial está en no mezclar el fin particular con los fines sociales. De ahí la definición de “interés social”, o en el caso de nuestra legislación que aparece la “idea de bien común”, que implica la ausencia del “fin interesado” o “ausencia del lucro personal”⁴⁵.

7. EL CONTRATO Y LA ASOCIACIÓN

“Se busca establecer, la semejanza o diferencia, o la absorción de una figura jurídica por la otra. Las diferencias son reales y muchas. El contrato es creador de una figura subjetiva, la de deudor y la de acreedor. En el caso del contrato, se necesita de doble objeto y doble fin; un primer objeto igual para todos o sea hacer nacer una situación subjetiva, particular, y esencialmente temporaria, destinada a extinguirse por cierta prestación concreta; y un segundo objeto, diferente para cada parte, desempeñar un papel diverso en la situación, la una de acreedor y la otra de deudor”.

En la asociación no existe este juego, no hay acreedores ni deudores. Todos apuntan a un mismo objeto o tienen fines similares y roles idénticos, en un mismo pie de igualdad, con iguales prerrogativas y cargas. Siempre hay en la asociación un mismo fin, el fin colectivo, que persiguen los que crearon la asociación, un fin benéfico, altruista, noble, filantrópico, artístico, científico, deportivo, profesional, etc. En la asociación todos están obligados a someterse a la resolución de la asamblea, siempre que actúe dentro de los límites acordados por los estatutos. Si la asociación contraviniera las reglamentaciones estatutarias, sus resoluciones no podrían aplicarse a los terceros que traten con el grupo.

La teoría contractual resulta inaplicable en la asociación, ya que el contrato haría imposible la marcha de la sociedad hacia su fin.

⁴⁵ Páez, José I., obra citada, pág. 60

En el régimen corporativo un miembro puede desvincularse como un acto de su propia voluntad, lo mismo en sentido contrario, la asociación puede recibir miembros constantemente. Si bien las figuras comentadas no son las mismas, existen similitudes que están en el fundamento, el acuerdo de voluntad de dos o más personas. Ambas figuras son actos “*bona-fide*”. Por tratarse de una convención formal rigen respecto de ambos los preceptos del Código Civil que establecen que las convenciones obligan no sólo en lo que se ha expresado en ella sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la Ley dan a la obligación, de acuerdo a su naturaleza, por lo que en la interpretación de aquéllas deben tenerse en cuenta la intención de los adherentes⁴⁶.

8. TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN

Ante todo el esfuerzo por explicar la asociación desde la teoría contractual, se ha llegado a su proclamación sin convencerla plenamente.

El derecho contractual no pudo cumplir esa finalidad, por tanto fue sustituida por otras teorías, en que se analizan otros componentes, no ya el individual, sino con el elemento social, así desaparecen los principios de coordinación contractual, sustituidos por los de interdependencia, integración y “comunidad”. Al resultar insuficiente las explicaciones de carácter individualistas y ante nuevas realidades se buscó superar tales situaciones, y frente a los fines colectivos Hauriou propuso la teoría de la “institución”.

La institución es una teoría jurídica cuya base debe ser buscada ante todo en la sociología, es decir, en el estudio de los hechos sociales. Ahí radica su seducción y su fuerza: está fundada en lo real. Hauriou la extrajo de la observación social que lo llevó a concluir que, aún cuando para el doctrinarismo individual el derecho es indudablemente una regla de conducta de los hombres viviendo en sociedad, los juristas no se esforzaban mucho para adaptarlo a las

⁴⁶ Páez, José I., obra citada, pág. 64

relaciones sociales, que según es sabido, evoluciona con el tiempo y la civilización⁴⁷.

El concepto dominante en la teoría es éste: El hombre, tomado individualmente, no es el único ser social, existe una infinidad de colectividades humanas que lo superan y que constituyen otras tantas realidades vivientes. Estas colectividades no pueden ser analizadas como una simple yuxtaposición de múltiples relaciones de individuo a individuo”.

Hauriou... dice que es “una organización social, es decir una organización hecha de una colectividad de individuos. Al mismo tiempo esta organización debe tener por sí misma una individualidad más fuerte para ser conocida y nombrada. Por el doble hecho de que interesa a una colectividad y tiene una existencia propia debida a su organización, ella excede al individuo humano. Sobrevive a pesar de los cambios que puedan producirse en ella. Ello le da una realidad social: la institución es la verdadera realidad social separable del individuo”⁴⁸.

Citando a Luis Le Fur, comentando la obra de Renard: “Es un sujeto de derecho que no es el individuo, que se opone a él y lo domina, aún sirviéndolo al mismo tiempo; es una obra colectiva, que se podría designar con el nombre de sociedad sin temor a la confusión resultante de las disposiciones del Código Civil que hacen de la sociedad un contrato, es decir, precisamente lo contrario de la Institución.

En mérito de la nueva teoría descansa en la constatación de una nueva realidad, el desarrollo de la vida social. El hombre sabe que para defender todo lo que ama, sus ideales o sus intereses materiales, no hay nada más que un medio: el grupo. Reconociendo que existen los derechos individuales y que estos no serán absorbidos por los derechos sociales. El hombre necesita de los derechos individuales, ya que constituye la manifestación de su señorío y

⁴⁷ Páez, José I., obra citada, pág. 71

⁴⁸ Páez, José I., obra citada, pág. 74

voluntad. Según Renard “la institución es un organismo que tiene fines de vida y de medios superiores en poder y en duración a aquellos de los individuos que lo componen”.

Hauriou dice: “es una organización social, es decir una organización hecha de una colectividad de individuos. Al mismo tiempo esta organización debe tener por sí mismo una individualidad más fuerte para ser reconocida y nombrada”.

El Dr. Páez dice: “la palabra institución corporativa es todo agrupamiento humano organizado en vista de realizar una idea de interés colectivo. Toda colectividad se constituye por miembros que están sometidos a la autoridad, no de un jefe que por derecho propio tendría el poder de mandarlos, sino de sujetos que cambian y se suceden en las funciones directivas del grupo”⁴⁹.

9. CÓMO NACE LA INSTITUCIÓN

La institución se forma a impulsos de las necesidades de sociabilidad de los hombres. He ahí el germen natural. Los seres humanos, aparte de su vocación social, que es instintiva, como que existe hasta en las especies animales, soporta la influencia irresistible que les crea su cultura, su civilidad, la educación de sus sentimientos. Así nacen los ideales destinados a concretarse en obras. En tanto que esos ideales permanecen en la esfera de las aspiraciones individuales, podrán o no realizarse, todo depende de la predisposición de la actividad, del grado de capacidad del propio sujeto. Deben pues complementarse, buscar para sí lo que les falta y dar a otros lo que les sobra en sí.

La institución, sin embargo, en más de un aspecto, es un calco de la persona humana; ello quiere decir que su vida será triple: física, psíquica y físico-psíquica, en cuanto se objetiviza, en cuanto reclama la acción de la voluntad de sus componentes en cuanto lo primero sin lo segundo es desde todo punto de vista inoperante. La institución nace a consecuencia de un acto de fundación; durará tanto

⁴⁹ Páez, José I., obra citada, pág. 80

como duren las voluntades fundadoras, pero puede sobrevivirlas agregando nuevos miembros a medida que los fundadores desaparezcan. Está efectivamente, destinada a eso. "La organización en un cuerpo social y la duración de la institución no son únicamente imputables a la voluntad de los fundadores primitivos sino a la virtud propia de la idea directriz de la institución; ella no cesará de atraer nuevos miembros que serán nuevos fundadores en el sentido de que continuarán la obra"⁵⁰.

De ahí que extraemos los elementos de la institución:

1º) Supone una idea organizadora, que le da nacimiento, fuerza y que es deseada por todos sus miembros. Dice Hauriou: que la idea de la obra siempre tiene necesidad de un grupo social para realizarse. Todo el medio social o una parte solamente de este medio puede servir a la realización de la idea.

2º) La autoridad: es el poder organizado, que dirige las acciones a la idea motriz. La autoridad supone un organismo permanente.

3º) Comunión de todos los miembros del grupo autor de la idea directriz y de su realización. La comunión implica conciencia y voluntad. La idea de comunión nos da el concepto de interdependencia, de conciencia recíproca, de intimidad institucional, confianza mutua.

10. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA ASOCIACIÓN

Toda asociación supone que tiene personalidad, entendiéndose como una existencia autónoma, duradera y jerarquizada. Sin embargo, no toda asociación llega a obtener esa calidad. En nuestra legislación las menciona expresamente con el nombre de sociedades simples (Art. 91, inc. j).

⁵⁰ Páez, José I., obra citada, pág. 79

Diferentes doctrinas tratan de explicar la naturaleza jurídica de estas entidades, por lo que resulta muy importante aclarar algunas ideas, especialmente aquéllas que fundaron nuestro ordenamiento jurídico.

La Teoría de la Ficción, insinuada por Fieschi y sistematizada por Savigny, “parte de la idea de que el único sujeto natural de derechos y obligaciones jurídicas es el hombre. Sólo éste es capaz de voluntad y, por consiguiente, sólo él puede ser naturalmente sujeto de derechos, puesto que el derecho subjetivo es un poder que la ley acuerda a una voluntad”⁵¹.

En el caso de la persona física, la ley no le atribuye personalidad, ya que lo tiene pre-existente. No ocurre así cuando otorga la ley personalidad a un ente que no tiene voluntad ni pensamiento, “no es sino por una ficción que lo hace”; esa ficción consiste en admitir que ese ente piensa y quiere, aunque, en verdad, sea incapaz de hacerlo, por un interés social o económico la ley los consideran como personas”⁵².

La crítica se orienta en cuestionar la naturaleza de algunos entes: Así el estado es considerado como una ficción y esta ficción es capaz de crear a su vez otras ficciones en el derecho privado. El caso está que por más reales que fueran el Estado o las asociaciones del derecho privado, por una ficción son tratadas como si fueran personas. Otras críticas se orientan en que siendo creaciones del derecho, la existencia de tales personas depende del arbitrio de los poderes públicos. Las críticas más justas están basadas en el problema de la responsabilidad.

Esta formulación teórica hoy no es satisfactoria, ya que no ha penetrado en la profundidad de la naturaleza jurídica de estas entidades, ni analizado su *substratum real*. La palabra ficción parece

⁵¹ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Parte General I, Editorial Perrot Buenos Aires, Año 1.976, pág. 549

⁵² Borda, Guillermo A. obra citada, pág. 550/51

indicar una simple concesión de los poderes públicos y una vida muy precaria que nace la ficción legal.⁵³

En cuanto a las teorías negatorias coincide con la de ficción al considerar al hombre como la única persona real, pero descuida igualmente un aspecto de la realidad social, el propósito del jurista debe ser descubrir esa realidad social. Para algunos esa realidad no es otra cosa que patrimonios afectados al cumplimiento de ciertos fines (Brinz, Bekker).

Ihering, por su parte, piensa que los verdaderos sujetos de los derechos de una persona moral son sus miembros, puesto que ellos son los beneficiarios y destinatarios de la utilidad que el patrimonio puede rendir. La persona jurídica sería un sujeto aparente que oculta a los verdaderos.

Las teorías de la realidad, representada por Gierke combate la teoría de la ficción, y afirma que las personas jurídicas no son entes artificiales creadas por el Estado, sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos son organismos sociales dotados tanto como el hombre de una potestad propia de querer y, por tanto, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho. Este cuerpo vive una vida propia, independiente de toda intervención del estado. La decisión estatal de conceder la autorización a las personas, es creativa de la personalidad moral y de un valor declarativo.

En cuanto a las teorías propiamente jurídicas, Michoud considera que el *substractum* de las personas jurídicas se da en lo siguiente:

1º) Que exista un interés colectivo real, distinto de los intereses particulares de cada uno de los miembros del grupo;

2º) Que tenga una organización a la cual se pueda atribuir la voluntad colectiva del grupo en sus relaciones jurídicas.

⁵³ Borda, Guillermo A. obra citada, pág. 551

Desde el momento que un ente, sea el hombre, el Estado, una asociación, una Fundación, es capaz de acuerdo con el derecho objetivo de adquirir derechos y contraer obligaciones, ese ente es persona, en el sentido jurídico de este término, que equivale a sujeto de derecho. Este planteo lleva de la mano a la teoría que con lógica impecable ha desarrollado Kelsen. Porque si la persona está caracterizada por ser titular de derechos y obligaciones, es inevitable arribar a la conclusión de que, en verdad, lo que se designa como persona no es más que un haz de derechos y obligaciones nacidos del derecho objetivo o, en otras palabras, una unidad de una pluralidad de normas que estatuyen esos derechos y deberes⁵⁴.

Para Borda, el planteo de la cuestión debe ser precisamente el inverso. No es que la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, atribuida por el derecho objetivo, determine la existencia de la persona, sino que, por el contrario, el ser persona hace que el derecho objetivo deba reconocerle a ese ente la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones⁵⁵.

La personería no es sino el sello jurídico que corresponde a entes naturales como lo son el hombre y las instituciones (que en el fondo no son sino la expresión de un derecho natural del hombre, el derecho de asociación)⁵⁶.

II. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

En el Código Civil de Vélez, se empleaban las expresiones de personas de existencia ideal y personas jurídicas. Para Freitas que ha sido fuente en esta materia, no lo eran. En el Esbozo, personas de existencia ideal designa todos los entes que no sean de existencia visible o natural. A su vez se clasifican en públicas y privadas. Las primeras son las personas jurídicas propiamente dichas, que requieren la autorización del Estado; y se dividen, a su vez, en personas de existencia necesaria y de existencia posible. En cambio personas

⁵⁴ Borda, Guillermo A. obra citada, pág. 559

⁵⁵ Borda, Guillermo A. obra citada, pág. 560

⁵⁶ Borda, Guillermo A. obra citada, pág. 562

privadas son las que funcionan como tales sin autorización del Estado, a saber, las sociedades civiles y comerciales, las herencias yacentes, las representaciones voluntarias y necesarias.

El Dr. Borda menciona que la terminología de Freitas resulta inactual. Hoy se denomina privadas a las personas que él llama de existencia posible y que ubica dentro de las públicas. Además, reputa persona a las representaciones voluntarias o necesarias, lo que importa una gruesa confusión de conceptos. Pero el jurista brasileño tuvo el acierto de advertir que era necesario establecer una distinción entre la persona jurídica típica, es decir, aquella cuya existencia depende del otorgamiento de la personería, de un lado, y las sociedades civiles y comerciales, por otro⁵⁷.

En la doctrina más corriente, personas de existencia ideal y personas jurídicas se usan indistintamente y designan un mismo concepto, por lo que se impone la denominación de personas jurídicas para designar a todos los entes que no son personas humanas. Así también, cabe citar, que Vélez adoptó la clasificación de personas de existencia necesaria y posible.

12. ANTECEDENTES DEL DERECHO COMÚN

En el Anteproyecto del Código Civil de Luis de Gásperi, Sección I, con título de: “DERECHO DE LAS PERSONAS”, Título I “DE LAS PERSONAS FÍSICAS” – Capítulo I, De la personalidad – Capítulo II – De la capacidad e incapacidad de hecho – Capítulo III – Del nombre de las personas – Capítulo IV – Del Domicilio – Capítulo V – De la prueba del nacimiento y muerte de las personas – Título II – De la desaparición de las personas con presunción de fallecimiento – Título III - De la interdicción.

TÍTULO IV – “DE LAS PERSONAS JURÍDICAS” – Capítulo I – Disposiciones Generales. El artículo 81 dispone: Las personas jurídicas son de derecho público, interno o externo y de derecho privado. En el artículo 82 define a las personas jurídicas del Derecho

⁵⁷ Borda, Guillermo A. obra citada, pág. 568

Público interno, en el artículo 87 define a las personas jurídicas nacionales de Derecho privado o de existencia voluntaria. En el Capítulo II – De las Asociaciones con personería jurídica. En el Capítulo III – De las Asociaciones sin personería jurídica – Capítulo IV – De las Fundaciones – Capítulo V - Del registro de las personas jurídicas y asociaciones⁵⁸.

En el Código Civil actual, el Título II – DE LAS PERSONAS JURÍDICAS – Capítulo I – Disposiciones generales.

Art. 91: Son personas jurídicas

- a) El Estado.
- b) Las Municipalidades;
- c) La Iglesia Católica;
- d) Los entes autárquicos, autónomos y los de economía mixta, y demás entes del Derecho Público que, conforme con la respectiva legislación, sean capaces de adquirir bienes y obligarse;
- e) Las Universidades;
- f) Las Asociaciones que tengan por objeto el bien común;
- g) Las Asociaciones inscriptas con capacidad restringida;
- h) Las Fundaciones;
- i) Las sociedades anónimas y las cooperativas; y
- j) Las demás sociedades reguladas en el Libro III de este código.

La legislación actual se aparta de la clasificación introducida por el Dr. De Gásperi en el Anteproyecto del Código Civil Paraguayo, en el artículo citado más arriba se van individualizando las entidades que tienen la calidad de personas jurídicas y en el artículo 92 se amplía otorgando esa misma calidad jurídica a los Estados extranjeros, los organismos internacionales reconocidos y las demás personas jurídicas extranjeras.

⁵⁸ De Gásperi, Luis, Anteproyecto del Código Civil, Editorial el Gráfico Asunción, 1.964, Libro I, Título I, De las Personas Físicas, pág. 41.

El artículo 93, marca la existencia de las personas jurídicas, originadas en una ley de la nación o un acto administrativo del Poder Ejecutivo. En la última parte de la disposición citada reconoce que las decisiones administrativas que hagan o no lugar al otorgamiento de esa calidad jurídica podrán ser recurridas judicialmente (una vez agotada la instancia administrativa se podrá promover la acción en lo contencioso – administrativo ante el Tribunal de Cuentas).

En cuanto a la personalidad de la asociación, esta es distinta a la de sus miembros como también distintos sus patrimonios. El reconocimiento de la asociación implica contar con una personalidad propia e independiente de los que la integran. De esa manera se consagra la teoría de la realidad de las personas jurídicas que ya fue desarrollada en este trabajo, en contraposición de la teoría de la ficción y del negativismo.

Encontramos el principio de la pluralidad de domicilio (artículo 95), con lo que se otorga a la entidad la facultad de contar con diferentes domicilios en los lugares donde haya podido crear subscdes, en atención a las necesidades sociales y económicas que justifiquen la expansión de la sociedad hacia otros lugares donde estén realizando sus actividades, en consecución de sus fines.

El reconocimiento de la capacidad de las personas jurídicas, que es la misma capacidad de derecho de las personas físicas, le faculta a adquirir bienes y contraer obligaciones por intermedio de sus representantes y que deben ajustarse en todo a sus estatutos. Dentro de estos límites, las asociaciones civiles podrán ejercer acciones civiles y criminales y responder a las que se entablen contra ellas. Es importante la definición en relación a la actitud legal para realizar ciertos actos jurídicos, extendiéndose a las facultades de estar en juicio en acciones civiles y criminales. En cuanto a la capacidad de hecho de las personas jurídicas en el Libro I del Dr. Pangrazio, Código Civil Paraguayo Comentado, pág. 279 se lee: “Se ha discutido bastante acerca de la capacidad de hecho de las personas jurídicas. Predomina la tesis de Colin y Capitant negando capacidad de hecho a las personas jurídicas, pues éstas no tienen la actitud natural del consentimiento. Es importante advertir que para la constitución de las

personas jurídicas se requiere como mínimo el acuerdo de dos personas sobre un objeto lícito y posible; que tengan recursos para cumplir con sus fines y la correspondiente autorización del Estado por una ley o por un acto administrativo, decreto del Poder Ejecutivo, en los casos de sociedades anónimas, cooperativas, fundaciones, asociaciones de utilidad pública, universidades. En los otros casos no se requiere ese trámite y bastará inscribir en los registros pertinentes. Es el caso de las asociaciones civiles inscriptas con capacidad restringida, sociedades colectivas, etc.”⁵⁹.

La ejecución de los actos corresponde a los órganos de la entidad, la que responde por la consecuencia de los mismos ante los terceros, aun en las acciones delictivas, en las que personalmente responsabilizan a sus autores con relación a las personas jurídicas. Conviene tener en cuenta los casos de responsabilidad directa y aquella que es subsidiaria, que el Dr. Pangrazio aclara en la nota del artículo 98, página 280/281 de la obra ya citada.

En cuanto de la responsabilidad de los directores y administradores de la asociación el punto es tratado en el artículo 99; en lo que hace a las facultades y poderes se ajusta a lo dispuesto en los estatutos, y en cuanto a la validez de los actos se rigen por las reglas del mandato.

Referente a la existencia y capacidad de las personas jurídicas privadas extranjeras, se rigen por las leyes de su domicilio. Para el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto especial de su institución se sujetarán a las prescripciones establecidas en las leyes de la República. Atendiendo la fuente del artículo 101 del Código Civil su regulación esta ajustada a los tratados internacionales.

13. DE LAS ASOCIACIONES RECONOCIDAS DE UTILIDAD PÚBLICA

Atendiendo a la naturaleza de las entidades civiles que están reguladas en el Capítulo II con el título citado, faculta la constitución

⁵⁹ Pangrazio, Miguel A. Código Civil Paraguay Comentado, Libro I, obra citada, pág. 279

de una asociación que no tenga fines lucrativos, cuyo objeto sea el bien común, señalando la formalidad a la cual se someterán al expresar la última parte del artículo 102, “mediante estatutos formalizados en escritura pública”. Esta disposición separa definitivamente a las asociaciones civiles y comerciales, intención expuesta en el artículo 95 del Anteproyecto del Dr. De Gásperi, que le confería fines económicos a las asociaciones. Estas se registrarán por este Capítulo y sus estatutos.

Atendiendo a la disposición comentada establece la formalidad de la escritura pública para la validez del acto de constitución, siendo una norma de orden público y de carácter obligatorio *ab initio* para así asumir el carácter de sujeto de derecho, con miras a su pleno funcionamiento y desarrollar sus actividades institucionales investida de la calidad jurídica necesaria.

Los requisitos, en lo que se refiere a los elementos constitutivos del estatuto, está contenido en el artículo 104 del Código Civil, donde aparece como obligatoria la denominación de la asociación, sus fines, su patrimonio y domicilio, las normas de funcionamiento y administración, los derechos y obligaciones de los asociados y las condiciones de admisión. Los estatutos contendrán también normas relativas a la extinción de la entidad y al destino de sus bienes. Si el estatuto omitiere algunos de estos datos no será objeto de aprobación.

En cuanto al gobierno de las asociaciones, regulado en los artículos 105/106 del Código Civil, determina su composición, extensión de las facultades otorgadas para resolver los casos de desintegración o acefalía. La definición de las autoridades de la asociación (art. 107 del Código Civil), la Asamblea, su convocatoria por la dirección, a pedido de los socios en algunos casos, la convocatoria podrá originarse en una resolución judicial, procedimiento para tomar las decisiones, mayorías necesarias, quórum legal para que se constituya la asamblea (art. 108 del Código Civil). La prohibición de votar para los directores y demás asociados en asuntos que tuvieran interés personal. El derecho del socio de separarse de la asociación y el reconocimiento de que la calidad del

socio es intransferible. El estatuto dispondrá el destino del patrimonio en caso de disolución. En el mismo Capítulo se regulan los derechos y obligaciones de los socios, la facultad de pedir la intervención judicial en algunos casos. Las causas que terminan con la existencia de las asociaciones reconocidas de utilidad pública (arts. 113 y 114), que viene con una enumeración de carácter taxativa y el artículo 117 del Código Civil reconoce la acción de reclamar que tienen los acreedores durante la liquidación.

14. DE LAS ASOCIACIONES INSCRIPTAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA

Su reglamentación deviene del Capítulo III, Libro I del Código Civil.

Art. 118: “Las asociaciones que no tengan fin lucrativo y que no hayan sido reconocidas como personas jurídicas por el Poder Ejecutivo, podrán adquirir y ejercer los derechos conferidos por el presente capítulo si cumplen los siguientes requisitos:

- a) que los estatutos consten en escritura pública, y reúnan las condiciones previstas en el artículo 104, y
- b) que sean inscriptas en el Registro respectivo.

Cumplidos estos requisitos, dichas asociaciones constituyen entidades independientes de las personas físicas que las integran, para el cumplimiento de sus fines”.

Esta disposición encuentra su fuente en el artículo 116 del Anteproyecto del Código Civil del Dr. Luis De Gásperi que dice: “Está en la tradición de nuestro derecho que los socios no están solidariamente obligados por las deudas sociales y que las obligaciones contratadas por uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, hacen a cada uno de los socios responsables por una porción viril, y sólo en esta proporción aunque sus partes en la sociedad sean desiguales, y aunque en el contrato de sociedad se haya estipulado el pago por cuotas desiguales, y aunque se pruebe que el acreedor conocía tal estipulación como lo estatuye el artículo 1747

del código argentino... Para comprender nuestro artículo 116 se ha de tener presente cuán forzada es la equiparación de la asociación sin personería jurídica a la sociedad. Luego de minucioso examen de las diferencias que las separa, concluye Ferrara que “jurídicamente la asociación no reconocida es siempre una pluralidad de sujetos en comunión de derechos”⁶⁰.

Asimismo, cabe comentar el artículo 46 del Código de Vélez que dice “Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin de su instituto”. Según opinión del Dr. Salas en su obra Código Civil Anotado página 41 “Queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia o meramente industriales, sin necesidad de previa licencia de la autoridad pública, como lo exigía el derecho romano y el derecho español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público; y sus miembros, en sus derechos respectivos o en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales”⁶¹.

En cuanto a la capacidad de derecho de la asociación no inscrita ella está condicionada a los fines de su creación, con las reservas correspondientes en cuanto a las disposiciones legales restrictivas. Los derechos y obligaciones de los socios se rigen por sus estatutos, aunque se haya negado la personalidad a la asociación. En cuanto al patrimonio, la jurisprudencia resuelve que pertenece a todos los socios, aunque en cuanto a su administración debe ajustarse a los estatutos. La persona que contrató en nombre de una asociación no inscrita responde personalmente por las obligaciones contraídas y en cuanto a las liberalidades son válidas, quedando condicionada a la obtención de la personalidad jurídica.

⁶⁰ De Gásperi, Luis Anteproyecto del Código Civil, obra citada, pág. 52.

⁶¹ Salas, Acdeel E. Código Civil Anotado. Depalma Editor, 1.956 Buenos Aires, pág. 41

Cabe apuntar que la inscripción en el Registro Público le da a la asociación la publicidad del acto y su consecuencia jurídica se produce asimilándola a la calidad otorgada a las asociaciones con personalidad jurídica, por tanto desde que su constitución es formal, ya que impone que la creación se formalice por instrumento público, está investida de la capacidad por la ley para adquirir derechos y contraer obligaciones, así con la aptitud legal para estar en juicio, en la condición de actora o demandada en protección de sus intereses sociales. Se suma otros derechos que le están reconocidos por la disposición del artículo 120 Código Civil.

15. CONSIDERACIONES GENERALES

Que esta figura esté recién reglamentada en el actual Código Civil, no implica que con anterioridad no haya existido de hecho este tipo de asociaciones, más aún cuando las manifestaciones e iniciativas de las personas son muchas y variadas en el complejo campo social. La variedad de la materia que pueda justificar su creación y el otorgamiento de la calidad jurídica asimila a las personas jurídicas reconocidas, con un acto público sencillo (inscripción en los Registros Públicos), abre posibilidades amplias de materialización y concreción de nuevas ideas, anhelos y aspiraciones colectivas muy variadas. Aspectos que juntos con otros, la celeridad de su funcionamiento y actividad, importancia económica, sencillez en su organización que está supeditada a la creatividad de sus asociados, organización que se ajuste a los propósitos y fines de la asociación, las exenciones fiscales que hoy benefician a estas asociaciones, son fundamentos valederos para que haya tenido una rápida aceptación y difusión en la realidad. Existen asociaciones inscriptas con capacidad restringida que atiende áreas diversas, educativas, salud, sociales (indigencia), de capacitación y formación profesional, culturales, etc. Y constituye un modelo organizativo-jurídico sencillo, que facilita la integración, cooperación y las actitudes solidarias, que en su conjunto hacen un instrumento dinámico en lo social y cultural para emprendimientos importantes.

Esta figura institucional no implica desde luego, que sustituya a las asociaciones reconocidas de utilidad pública, ya que éstas

últimas son entidades morales y jurídicas con mucha tradición en la sociedad, que cubren aspectos y servicios importantes. En su estructura organizativa, en la cuantía de su patrimonio, en la extensión de sus fines societarios, las hacen diferentes a las asociaciones civiles inscriptas con capacidad restringida, de ahí que su marco jurídico y reglamentario esté separada en capítulo diferente.

Esta asociación inscripta con capacidad restringida tiene reconocida su personalidad jurídica por ley, además, de tener la posibilidad de transformarse en una asociación civil de utilidad pública cuando sus fines así lo requieran.

Podemos apuntar algunas similitudes que hacen relación a su naturaleza, vigencia y permanencia, así como también a la materia a las que están comprometidas, en sus fines, apartado de todo interés económico, a sus objetivos altruistas y solidarios, a su incorporación en el campo social cada vez más necesitado de organizaciones que cubran eficientemente las necesidades sociales. La posición del estado es en ese sentido de una apertura positiva, reconociendo las funciones importantes que hoy cumplen estas entidades en la sociedad y desde el sector privado se observa igualmente, el esfuerzo cada vez más interesado en aglutinarse en organizaciones nacionales o internacionales en función a las tareas de colaboración, cooperación e integración hacia objetivos comunes.

Algunos autores están preocupados por lo que llaman “abuso de la utilización de la personería”, que está relacionada con la creación de entidades que simulan otros propósitos, y se da cuando algunas personas transfieren patrimonios importantes que siguen controlando. En otros casos, constituyen asociaciones con naturaleza distintas al solo objeto de administrar y canalizar las ayudas o la cooperación económica en el campo social. En algunos casos, dichos recursos son administrados eficientemente, en otros, no se tiene noticia de haber cumplido acabadamente sus fines. El hecho negativo se da entonces en la falta de control, en la necesidad de crear los organismos de fiscalización o inspección como ya lo tienen los otros países, que podrán evitar de esa manera la desnaturalización de sus fines societarios. Reconocemos que corresponde a los socios velar

por el cumplimiento de los fines y objetivos sociales y que pueden arbitrar las acciones judiciales para el cumplimiento o el alcance de los mismos. Nos parece que en el Código actual se pudo haber previsto las pautas definitivas en ese sentido, o en la implementación de una ley reglamentaria, ya que no existe un organismo que fiscalice el funcionamiento de estas asociaciones.

16. BIBLIOGRAFÍA

- 1) BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil. Parte General I”.
- 2) CAHIÁN, Adolfo. “Manual Teórico Práctico de asociaciones civiles y fundaciones”.
- 3) CAMACHO, Emilio y LEZCANO CLAUDE, Luis. “Comentario a la Constitución”.
- 4) DE GÁSPERI, Luis. “Anteproyecto del Código Civil”.
- 5) LA LEY S.A. “Código Civil de la República del Paraguay y Leyes Complementarias”.
- 6) MURILLO, Enrique Lucas. “El Derecho de Asociación”.
- 7) PÁEZ, José. “Tratado Teórico Práctico de las Asociaciones”.
- 8) PAIVA, Félix. “Estudio de la Constitución del Paraguay”.
- 9) PANGRAZIO, Miguel Angel. “Código Civil Paraguayo Comentado”.
- 10) PLANO DE EGEA, José M. “La Constitución de la República del Paraguay con sus fundamentos”.
- 11) PRIETO, Justo José. “Constitución y Régimen Político en el Paraguay”.

“EL DERECHO DE AUTOR Y OTROS TEMAS DE
IGUAL INTERÉS”

EL DERECHO DE AUTOR Y OTROS TEMAS DE IGUAL INTERÉS

Crescencio Páez Santacruz*

El Código Civil empezó a regir el 1º de enero de 1.987. Hoy a 11 años, estamos reunidos en estas Jornadas Conmemorativas de la Vigencia del Código Civil Paraguayo, acto realizado por la Corte Suprema de Justicia y el Centro Internacional de Estudios Judiciales.

Expreso mis sinceros agradecimientos a la Excelentísima Corte, en la persona del Excelentísimo Señor Ministro Doctor Elixeno Ayala, la honrosa distinción de representar a la Circunscripción Judicial de Misiones, en este acto de suma trascendencia para el Derecho Paraguayo, ya que estas jornadas hicieron posible la presentación del “Digesto Normativo Modificadorio y Complementario del Código Civil Paraguayo”, a cargo del Ministro Doctor Carlos Fernández Gadea, Presidente de la Sala Civil y Comercial.

Gracias Ministro Ayala por esta obra, que a partir de ahora formará parte como auxiliar constante de nuestro quehacer diario, para el buen desempeño de las funciones como Magistrado.

La elección del tema tiene por finalidad dar una semblanza con relación a puntos que hacen relación a aspectos del Derecho de Autor y consiguientemente su importancia dentro de la problemática y su aplicación de esta legislación en nuestro país, teniendo en

* Abogado, Egresado de la Universidad Nacional de Asunción en el año 1966. Miembro del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Misiones. Profesor de “Derecho Internacional Público” en la Universidad Católica, Filial San Juan Bautista, Misiones.

consideración la nueva Ley N° 1.328 de “Derecho de Autor y Derechos conexos”.

Sabido es, que la legislación de derecho de autor forma parte del derecho conocido como “Propiedad Intelectual”, cuyo fin es proteger los derechos de propiedad del creador, hacedor o inventor. En este sentido nos permitimos en señalar que los países en su mayoría, han dictado leyes, que protegen la creativa del intelecto humano, tendiente a hacer que los frutos de la inteligencia del hombre creativo llegue a una comunidad nacional e internacional, sobre la base de normativas nacionales, acorde con acuerdos bilaterales y plurilaterales entre los distintos países con disposiciones que hacen a la Propiedad Intelectual (El Tratado de Libre Comercio de América del Norte), y los Acuerdos Multilaterales como el Convenio de Berna y el reciente acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), concluido en el marco de la ronda Uruguay de Negociaciones bajo el antiguo GATT (hoy en día Organización Mundial del Comercio).

En este sentido, nuestra Carta Magna de 1992, señala en su artículo 110 que *“Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley”*. Por su parte Nuestro Código Civil, en el Libro IV, Título VIII, legisla sobre la Propiedad Literaria, Científica y Artística, en sus artículos 2165/2187, y la novel Ley N° 1328.

De lo expuesto se desprende que la ley usa la expresión “propiedad”, por lo que se hace necesario distinguir la misma teniendo, en cuenta la naturaleza jurídica de esta materia con respecto al concepto usado en el Derecho común, por así decirlo.

En consecuencia, a los efectos de una mayor comprensión del término “Propiedad Intelectual”, es necesario apuntar dentro de la noción de “propiedad en general”. Entendemos que la característica resaltante de la propiedad, es que aquél que se siente propietario o titular de una cosa (muebles e inmuebles), pueda disponer de la misma libremente, pues ninguna otra persona puede disponer sin el

consentimiento de su propietario, entendiéndose que se halla sujeto a limitaciones que emergen de la propia Ley, restricción que le viene de disposiciones especiales que reglan las materias.

Hecha esta aclaración, se puede hablar en términos generales de la existencia de tres (3) tipos de propiedades:

- a) PROPIEDAD QUE FORMA LOS BIENES MUEBLES: Cuya característica constituye un derecho exclusivo, de la utilización del bien que es de su propiedad, si bien es cierto, podrá autorizar que otros hagan uso del objeto de su pertenencia, para cuyo efecto este debe necesariamente otorgar una autorización.
- b) SE REFIERE A PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES O RAÍCES.
- c) PROPIEDAD INTELECTUAL: Constituyen creaciones del intelecto del hombre, por cuya razón este tipo de propiedad se lo denomina Intelectuales, la que al igual que la Propiedad de bienes muebles e inmuebles, también reconoce limitaciones, como por ejemplo la duración limitada del derecho de autor y las patentes.

Conforme a este concepto, la propiedad intelectual, se divide en dos ramas, ha saber: la "propiedad industrial" que protege las invenciones y el "derecho de autor" que de acuerdo al artículo 1º de la nueva ley, tiene por objeto la protección de los autores y demás titulares de los derechos sobre las obras literarias o artísticas, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor y otros derechos intelectuales.

El artículo 2º señala "las expresiones que siguen y sus respectivas formas derivadas tendrán el significado siguiente, mencionando al autor, artista, editor expresiones de folklore y otros".

El Derecho de Autor es una rama de la propiedad intelectual, en este sentido debemos considerar la existencia de dos tipos de derechos dentro del derecho de autor; los "derechos patrimoniales", que se refieren a los beneficios económicos por la utilización de su

obra por terceros, (art. 24 y siguiente, Ley N° 1.328), y los “Derechos Morales” que permiten al autor, ciertas acciones con el objeto de conservar el vínculo personal entre él y su obra (art. 17, y siguientes de la citada ley).

Consiguientemente debemos examinar lo que se entiende por utilización de una obra protegida por derecho de autor, la mayoría de las leyes de derecho de autor indican que el autor o titular de los derechos, tiene el derecho a “autorizar o impedir”. El artículo 25 preceptúa: *“El derecho patrimonial comprende, especialmente, el exclusivo de realizar autorizar o prohibir:*

- 1. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- 2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio;*
- 3. La distribución pública de ejemplares de la obra;*
- 4. La importación al territorio nacional de copias de la obra;*
- 5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; y,*
- 6. Cualquier otra forma de utilización de la obra que no esté contemplada en la ley como excepción al derecho patrimonial, siendo la lista que antecede meramente enunciativa y no taxativa”.*

Los puntos señalados anteriormente, la nueva ley de derecho de autor, lo desarrolla en los artículos 27 al 31, donde va definiendo las características que deben reunir lo indicado en el artículo 25 concluyendo en el artículo 27, que establece que a propuesta de la dirección nacional de derechos de autor, determinará los titulares a quienes corresponda dicha remuneración, y reglamentará el procedimiento para determinar los equipos y soportes sujetos a la misma, su importe y los sistemas de distribución.

Esbozados sucintamente, lo que hace a los derechos patrimoniales, corresponde referirnos a los derechos morales. Este derecho se halla vinculado a la misma esencia de la obra del espíritu y

por lo tanto, en buenos principios, es intangible, como esta misma esencia y como ella, perpetuo, inalienable e intransferible. Por lo mismo y tal como hemos argumentado en otras ocasiones, aun incluso admitiendo el dominio público la caída de la obra en él no autoriza que se lesione el derecho moral de su autor, con deformaciones o adaptaciones a géneros distintos o inferiores al de la obra original, o dando un sentido inexacto u opuesto a la idea, del orden que sean, que encierre la misma. Después de la muerte del autor, cuando la inteligencia de los legisladores aprecie debidamente el valor supremo de la obra del espíritu, la protección de ésta y su intangibilidad serán perpetuas y con ello el derecho moral del autor será protegido también, aún en contra de los adquirentes de las obras o de los herederos del autor, si fuera necesario.

La Ley N° 1328 en su Capítulo II, regula los derechos morales que establece en su artículo 17 que “los derechos morales” reconocidos por la presente ley, son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables, e imprescriptibles, a la muerte del autor, los derechos morales serán ejercidos por sus herederos durante el tiempo a que se refieren los artículos 47 al 51.

Art. 47. El derecho patrimonial durará 70 años y 70 años después de su fallecimiento.

Art. 48. Obras anónimas y seudónimas, el plazo de duración será de 60 años a partir del año de su divulgación.

Art. 49. En las obras colectivas los programas de ordenador, las obras audiovisuales y las radiofónicas, el derecho patrimonial se extinguirá a los 60 años de su publicación o, en su defecto al de terminación.

Art. 50. Los plazos establecidos en el presente capítulo, se calculará desde el día uno de enero del año siguiente al de la muerte del autor o, en su caso al de la divulgación, publicación o terminación de la obra.

Art. 51. Cuando uno de los autores de una obra en colaboración falleciera sin dejar herederos sus derechos acrecerán los derechos de los demás coautores.

En síntesis, el derecho de autor tiene un límite, no continúa indefinidamente, inexorablemente en un momento dado llega a su fin, en razón de que la ley así lo establece un plazo durante el cual se extiende el derecho del titular del derecho de autor; entendiéndose que este plazo o tiempo de duración del derecho autoral se inicia en el momento que nace la obra, cuya duración continúa, como hemos visto hasta cierto tiempo después del fallecimiento de su autor; indudablemente la ley a más de proteger el derecho de autor en el tiempo, permite a sus sucesores beneficiarse pecuniariamente a través de la explotación de la obra después del fallecimiento del autor.

El Convenio de Berna 1948 constituye el paso más avanzado y completo, digno de todo elogio en la defensa del derecho moral que nos ocupa, los países que son partes en el Convenio de Berna, al cual nuestro país está adherido, la duración prevista en las leyes nacionales para el derecho de autor es en términos generales la vida del autor y hasta no menos de 50 años de su fallecimiento, la nueva ley del derecho de autor consagra que durará toda la vida del autor y 70 años después de su fallecimiento, criterio que se adecua a una tendencia hacia la aplicación del derecho de autor, con lo que nuestro país se enmarca dentro de esta tendencia.

LOS DERECHOS INTELECTUALES: admiten la existencia de otras clases de derechos que si bien lo constituye obras completas en si reciben también la protección del derecho de autor. Me refiero a lo que se denomina derechos conexos o más concretamente "derechos conexos al derecho de autor", en ese sentido la nueva ley autoral se refiere en el Título X, concretamente los artículos 120 al 135 de la citada ley, el concepto de esta figura dentro de los derechos de autor es, que el objetivo de los derechos conexos tienden a proteger los intereses legales, tanto de personas naturales o jurídicas que contribuyan a que las obras plasmada por los autores estén a disposición del público la que sin constituirse en obras propiamente dichas, expresan creatividad o habilidad técnica y organizacional

suficiente para justificar el reconocimiento de un derecho de propiedad similar al de derecho de autor”.

Los derechos conexos reconocen tres categorías de beneficiarios:

- a) Los artistas intérpretes o ejecutantes.
- b) Los Productores de Fonogramas.
- c) Los organismos de radio difusión.

Los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes se reconocen pues, su participación creativa es indispensable para dar vida a obras musicales, dramáticas, obras literarias, así como a las películas y porque tienen un interés justificable en la protección jurídica de sus interpretaciones individuales, ej. (autores, ejecutantes, cantantes, bailarines, etc.).

La figura del productor del fonograma es de suma importancia ya que por sus aportes financieros son necesarios para que los sonidos estén a disposición del público en forma de fonograma comerciales y “porque tienen un interés legítimo en contar con los recursos jurídicos que les permitan entablar demandas contra las utilidades no autorizadas, ya sean éstas la fabricación y distribución de copias no autorizadas (piratería) o la emisión o comunicación al público no autorizadas de sus fonogramas”.

Por último, los derechos de los organismos de radiodifusión es reconocido por la nueva ley autoral en sus artículos 131, 132, 133 respectivamente. Este reconocimiento le viene debido a su función de poner a disposición de la comunidad las obras y debido a un interés justificado que tienen en controlar la transmisión y retransmisión de sus emisiones”.

La atención prestada por la nueva ley al productor de fonograma es de suma importancia, en efecto en nuestro país la Ley N° 94/51 ni el Código Civil no contenían disposiciones a favor de los productores de fonogramas, debiéndose recurrir a leyes especiales y a convenios a las cuales el Paraguay se halla adherido.

La nueva ley de derecho de autor en sus artículos 127, 128, 129 y 130 respectivamente contempla lo referente a los derechos reconocidos a los productores de fonograma.

En este punto cabe mencionar que con el objeto de la protección jurídica de las tres categorías de beneficiarios de derechos conexos en 1961 se concretó la Convención de Roma a la que propiamente dicha la podemos llamar como “Convención Internacional sobre la protección de los artistas o ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radio difusión”, esta Convención de Roma tuvo por fin establecer reglamentos internacionales en este nuevo campo en el que existían pocas leyes nacionales en ese momento. A la fecha la Convención de Roma constituye un elemento válido para la protección de los derechos conexos.

Por último como culminación de esta presentación me permito señalar que en el Título XI de la nueva ley de autor en su artículo 136 se preceptúa: “Las entidades de gestión colectiva constituidas o por constituirse para defender los derechos patrimoniales reconocidos en la presente ley, necesitan a los fines de su funcionamiento de una autorización del Estado y están sujetas a su fiscalización, en los términos de esta ley, y en su caso, de lo que disponga el reglamento”.

Dichas entidades serán asociaciones civiles sin fines de lucro, tendrán personería jurídica y patrimonio propio, y no podrán ejercer ninguna actividad de carácter político, religioso o ajeno a su propia función”.

En nuestro país existen numerosas entidades civiles cuya existencia se hallan acorde con las disposiciones del Código Civil, estando organizadas como personas jurídicas, de derecho privado. Entre ellas Autores Paraguayos Asociados (APA), poéticas, teatrales, etc., Asociaciones de Escritores Guaraníes; Asociación Indigenista del Paraguay, Asociación Paraguaya de Academia de Danzas y otros,

instituciones privadas, cuyo fin primordial es el estímulo de la cultura en general.

Permitasemé, por último dedicarles unas líneas especiales a Autores Paraguayos Asociados (APA), entidad civil de acción privada sin fines de lucro, con personería jurídica, es una sociedad de gestión colectiva prevista en el artículo 136 de la Ley N° 1.328.

Esta entidad fue fundada el 1° de julio de 1951, constituyéndose en una sociedad autoral cuyos propósitos son la de ejercer la protección y defensa en el país y en el exterior la producción de autores nacionales, compositores e intérpretes con relación a sus obras literarias, científicas y artísticas, musicales, etc., su primer presidente fue el eximio músico profesor Remberto Giménez.

Como entidad de gestión colectiva administra las obras, composiciones, creaciones de los autores nacionales, asociados a la entidad en el extranjero, asociados a sus respectivas sociedades que tienen contratos recíprocos con APA; entre sus objetivos es dable indicar la protección y la defensa de producción de los autores y compositores asociados a la entidad. Como sociedad de gestión colectiva es objetivo y función de APA el cobro de aranceles a los usuarios de repertorios que administra la entidad.

Autores Paraguayos Asociados (APA) se constituye en nuestro país como única sociedad de gestión colectiva autoral, por contratos firmados con entidades de otras naciones representa a los autores asociados.

En efecto, APA, es miembro de la Confederación Internacional de Sociedades y Compositores (CISAC), organización mundial de protección intelectual; Comité Iberoamericano, Latinoautor y se suscribe a organismos oficiales internacionales de los derechos intelectuales.

Actualmente el Paraguay se halla adherido a tres Convenios multilaterales sobre protección de obras literarias científicas y

artísticas como el Convenio de Berna del 9 de septiembre de 1886, y revisado en París en 1971, y enmendado en 1997 según Ley N° 12/91. Así mismo se adhirió al Convenio de París de 1883 sobre la Propiedad Industrial cuyo fin primordial es la protección y preservación de los derechos intelectuales. Muchas Gracias.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) LIPSZIC, Delia. “Observación del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”. Octubre de 1997
- 2) NOCIONES BÁSICAS SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Documento preparado por la Oficina de la OMPI – Octubre de 1997.
- 3) ORTIZ PIERPAOLI, Fremiort. “Derecho de Autor y Derechos Conexos”. Impresión Salesiana. Asunción – Paraguay, 1998.
- 4) PANGRAZIO, Miguel Angel. “Código Civil Paraguayo”. Editora Intercontinental. Asunción – Paraguay, 1998.
- 5) RUBIO TORRES, Felipe. “Contenido del Derecho de Autor y los Derechos Conexos”. Octubre de 1997.

ÍNDICE

ÍNDICE

EL CONOCIMIENTO PRÁCTICO DEL DERECHO	09
DERECHO DE RECESO	15
1. Introducción	17
2. Transformación	18
3. Fusión	18
4. Disolución anticipada de la sociedad	19
5. Transferencia de domicilio al extranjero	19
6. Cambio fundamental de objeto	19
7. Reintegración total o parcial del Capital Social	20
8. Características	21
9. Impugnación de resoluciones de la Asamblea	23
10. Acción de impugnación	26
11. Legitimación activa para ejercer la impugnación	26
12. Contra quién procede la acción?	30
13. Suspensión de la ejecución	31
14. Garantía a presentarse	32
15. Acción intentada por la mayoría de Directores	32
16. Responsabilidad de los accionistas	33
17. Revocación del acuerdo impugnado	33
EL CONCEPTO DE LATIFUNDIO EN LA LEGISLACIÓN CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL	35
1. Introducción	37
2. Tema a desarrollar. Objetivo	37
3. Teoría General del Derecho y las definiciones jurídicas ...	38
4. Normas definitorias o incompletas	38
5. Ejemplos de normas definitorias	39
6. Importancia de los conceptos y las definiciones jurídicas.	39
7. El concepto legal de latifundio. Artículo 4º, Estatuto Agrario	39
8. Elementos esenciales del concepto legal de latifundio	40
9. Concepto redundante y concepto contradictorio de latifundio	40

10. La Constitución de 1992.	
El concepto de latifundio improductivo.....	41
11. La interpretación jurídica.....	42
12. La interpretación constitucional.....	42
13. Interpretación del texto “latifundio improductivo”.....	43
14. Relación lógica de género y especie.....	43
15. Modificación tácita del artículo 4° del Estatuto Agrario ...	44
16. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.....	44
17. Conclusión	45
EL LEASING	47
1. Antecedentes.....	49
2. Noción y consideraciones generales.....	50
3. Modo de operación	50
4. Clases de Leasing.....	51
5. Leasing Inmobiliario	51
6. Mecánica del Leasing inmobiliario.....	53
7. Sale and Lease Back	53
8. Renting o Leasing operativo.	
Leasing operacional o de explotación	54
9. Leasing Financiero	55
10. Modo de operación	55
11. Definición de Leasing.....	56
12. Definición Legal	57
13. Naturaleza jurídica.....	57
14. Contrato Mixto.....	58
15. En el Código Civil Paraguayo	58
16. ¿Podrá un particular celebrar un contrato de Leasing como dador?	59
17. Quiénes pueden ser dadores en el contrato de Leasing.....	60
18. Partes intervinientes.....	60
19. Deber de discriminación de los rubros en el contrato.....	61
20. Ventajas que ofrece esta operación.....	61
21. Algunas consideraciones tributarias	62
22. Formalidades.....	63
23. Deber de inscripción del contrato	64
24. Momento de la inscripción y demora de la inscripción. Plazo de validez.....	64

25. Derechos que confiere a partir de la inscripción del contrato.....	65
26. Los acreedores del tomar. Derechos.....	66
27. Forma de constitución de las entidades para operar en Leasing.....	66
28. Derechos y obligaciones de las partes.....	67
29. Obligaciones del dador.....	67
30. Obligaciones del tomador.....	68
31. Daños a terceros.....	69
32. Aspectos procesales.....	70
33. Convocatoria o quiebra del dador o del tomador.....	71
34. Exoneraciones fiscales en nuestro país.....	71
35. Reforma tributaria. Ley N° 125.....	73
36. Análisis del sistema francés. El credit – bail.....	74
37. Necesidad de Unificación del sistema en el Mercosur.....	76
38. Situaciones particulares en el Brasil y Uruguay.....	78
39. Bibliografía.....	78
LA LESIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL, ART. 671.....	81
1. Introducción.....	83
2. Efectos y caracteres de la nulidad.....	87
3. Sus aspectos procesales.....	89
4. Efectos generales.....	91
CANCELACIÓN Y REIVINDICACIÓN DE TÍTULOS VALORES RESPECTO DE SUS PRINCIPIOS.....	93
1. Introducción.....	95
2. Naturaleza de los títulos valores.....	97
3. Ubicación de los títulos valores en la sistemática de nuestro derecho.....	99
4. ¿Los principios que sustentan a los títulos valores son los mismos que sustentan a los títulos crédito?.....	100
5. Circulación de los títulos valores.....	101
6. Reivindicación de título valores.....	103
7. Cancelación y reivindicación de los títulos valores.....	103
8. Necesidad de restablecer las normas cancelatorias en la Ley de Mercado de Valores.....	106

LEY Nº 24/91, DE FOMENTO DEL LIBRO	107
LEY Nº 45/91, DE DIVORCIO VINCULAR	113
1. Introducción	115
2. Las concepciones del divorcio como sanción y como remedio	115
3. Condiciones para su procedencia	117
4. Forma de la presentación	120
5. Desistimiento	120
6. Carácter del proceso	121
7. Competencia	121
8. Intervención del Agente Fiscal	122
9. Medidas conexas relativas a los hijos menores	122
10. Efectos	123
11. Conclusiones	124
12. Bibliografía	125
LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL	127
1. Introducción	129
2. Breve reseña histórica	131
3. Definiciones	133
4. Fines del matrimonio	137
5. Naturaleza jurídica	138
6. El matrimonio como acto jurídico	140
RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	141
I) Introducción	143
II) Fundamentos históricos y evolución doctrinaria	144
1. La teoría del riesgo	146
2. La teoría de la culpa social	148
3. La teoría de la garantía	148
III) Las personas jurídicas y la responsabilidad civil	149
1. Concepto	149
2. Responsabilidad civil	149
3. Fundamento de responsabilidad	150
4. Clasificación	150
5. Caracteres comunes	151

IV) Presupuestos de responsabilidad civil	152
Causales de exoneración de responsabilidad de reparación del daño.....	157
V) La responsabilidad civil del Estado	159
1. Concepto.....	159
2. Evolución de las doctrinas sobre responsabilidad civil del Estado	160
3. Fundamento	164
VI) Responsabilidad en nuestro derecho vigente.....	167
1. Responsabilidad directa.....	169
2. Responsabilidad indirecta o ilegítima	169
VII) Clases de responsabilidad.....	170
VIII) Presupuesto de responsabilidad del Estado.....	173
1. Lesión resarcible.....	173
2. La imputación del daño a la administración.....	175
3. Relación de causalidad	177
IX) Causales eximentes de responsabilidad.....	178
X) Conclusiones	179
ASOCIACIONES CIVILES CON CAPACIDAD RESTRINGIDA	181
1. Introducción	183
2. Breves consideraciones sobre el derecho de asociación ..	185
3. El derecho de asociación en la Constitución de 1992.....	189
4. Concepto de asociación	189
5. Régimen jurídico del derecho de asociación	190
6. Naturaleza jurídica de la asociación	191
7. El contrato y la asociación	193
8. Teoría de la institución	194
9. Cómo nace la institución	196
10. La personalidad jurídica de la asociación	197
11. Clasificación de las personas	200
12. Antecedentes del derecho común	201
13. De las asociaciones reconocidas de utilidad pública	204
14. De las asociaciones inscriptas con capacidad restringida	206
15. Consideraciones generales.....	208
16. Bibliografía.....	210

Se terminó de imprimir
en el mes de abril de 1999
en los talleres gráficos de la
EDITORA LITOCOLOR SRL
Cap. Figari 1115 - Telefax: 213 691 - 203 741
Asunción - Paraguay

