

OBJETO DEL CONTRATO: ORDENAMIENTO LEGAL Y EXAMEN DE SUS REQUISITOS

Por

ALBERTO CIRIA

SUMARIO: 1) Aclaración terminológica. — 2) Requisitos. — 3) El problema de la apreciación pecuniaria. — 4) Cosas o hechos posibles (material y jurídica-mente). El contrato oneroso. — 5) Cosas determinadas o determinables. — 6) Cosas existentes al tiempo de celebrarse el contrato. — 7) Casos especiales: I) Cosas litigiosas o sujetas a gravámenes o embargos; II) Cosas ajenas; III) Herencia futura. — 8) La Reforma de 1838. *Idea.*

1. — ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA.

Resulta casi un lugar común, antes de entrar al análisis de las disposiciones de nuestro derecho positivo, recordar la pretendida confusión que en ocasiones se ha puesto de manifiesto entre el objeto de los contratos y el objeto de las obligaciones.

Uno de los autores que se ha ocupado del tema, acaza, resume así el problema: "El objeto de los contratos es crear obligaciones, y el de las obligaciones, dar, hacer o no hacer alguna cosa. En otras palabras: el objeto de la obligación es la prestación, pero corrientemente, y con una insistencia que obliga al respeto de su uso, se llama objeto del contrato al de la obligación. En este sentido el objeto del contrato puede consistir en un hecho (positivo o negativo), o en una cosa"¹.

Por su parte Ancoña, en la obra que ha dedicado a la "soberanía y crisis del contrato", se pregunta: "¿Y el objeto? Si el contrato engendra obligaciones —y desde luego es lo que surge del Código Civil— resulta oportuno considerar que su objeto no puede ser otro que las obligaciones a que da origen. Y es también lógico deducir, seguidamente, que a cada obligación correspon-

¹ José Ancoña: *Contratos civiles, teoría y práctica*, tomo I, Buenos Aires, 1939, pág. 187. El subrayado es nuestro. Hemos consultado con respecto a este autor, lo mismo que a Casuso Pasión: *Teoría general de los contratos en el derecho civil argentino*, Buenos Aires, 1923.

de como objeto una prestación propia y distinta. El código francés y sus comentaristas confunden por ello, y con razón, el objeto de los contratos y el objeto de las obligaciones"³.

Y un tratadista de cita ineludible, SALVAT, manifiesta: "Cuando hablamos de los efectos de los contratos y de las obligaciones, distinguimos netamente los unos de los otros: los primeros producen el efecto de crear obligaciones y derechos; las segundas confieren al acreedor la facultad de exigir su cumplimiento y al deudor le imponen la necesidad de satisfacer esta exigencia. En materia de objeto, esta distinción desaparece: el objeto del contrato es la prestación misma que constituye el objeto de la obligación y de aquí que las disposiciones estudiadas han podido hablar de prestación de las obligaciones"⁴.

Las precisiones anteriores nos servirán para introducirnos en el estudio proplamente dicho del objeto de los contratos. Sin embargo, no nos resistimos a transcribir la opinión de COLACCIOSO, como ejemplo doctrinario extranjero, con conceptos que si bien se refieren al ordenamiento jurídico Italiano, tienen aplicación en la esfera del Código de Vélez. Dice: "L'oggetto. L'art. 1325 tra i requisiti del contratto pone anche l'oggetto, che è elemento logicamente essenziale di ogni fenomeno giuridico. La terminologia non è però esatta, poichè oggetto del contratto non può essere che la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321): perciò il contratto non può avere un suo proprio oggetto. Questo, invece, è elemento delle obbligazioni, nascenti dal contratto, e può consistere in un'attività o nel risultato di un'attività del debitore (*fare, facere, non facere, prestare*). Devesi, quindi, tener distinto l'oggetto del contratto (che più propriamente dovrebbe chiamare contratto del contratto) dall'oggetto delle obbligazioni (nascenti dal contratto), che più esattamente va designato col termine di prestazione"⁵.

³ MANCO A. BRONDI, *Sobervia y arto del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires, 1946, pág. 81. Véase también, GUSTO GONZA: *The Theory of Object of Contract in Civil Law*, en "Tulane Law Review", vol. XXVIII, junio 1954, n° 4, pp. 442-61.

⁴ RAVARINO M. SALVAT: *Tratado de derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, I, 2ª ed. (actualizada por Arturo Acuña Azarvici), Buenos Aires, 1957, § 104.

⁵ ENRICO COLACCIOSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1949, § 94 ("El objeto. El art. 1325, entre los requisitos del contrato, destaca el objeto, que es elemento logicamente esencial de todo fenómeno jurídico. La terminología no es, sin embargo, exacta, ya que objeto del contrato no puede ser sino la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica patrimonial (art. 1321): por lo tanto, el contrato no puede tener un objeto propio. Esta, en cambio,

Dejamos en claro, entonces, que por comodidad hablaremos de objeto de los contratos, cuando en rigor, deberíamos decir objeto de las obligaciones (prestación) provenientes de los contratos.

2. — Requisitos.

El art. 1167 Cód. Civ., en el capítulo referente al "objeto de los contratos", dice: "Lo dispuesto sobre los objetos de los actos jurídicos y de las obligaciones que se contraerem, rige respecto a los contratos, y las prestaciones que no pueden ser el objeto de los actos jurídicos, no pueden serlo de los contratos". Es, por lo tanto, ineludible la remisión al art. 953 Cód. Civ., del título sobre los "actos jurídicos", que dispone: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no fuesen objeto".

La importancia del juego de estos dos artículos ha sido abundantemente destacada por la doctrina nacional. Elegimos una opinión en este sentido, la de SORO: "Nunca ha de ser suficiente la insistencia que sobre esta regla legal (la del art. 953) formule la doctrina. Si nuestros jueces se compenetraran, en forma bastante, de las valoraciones éticas, sociales y económicas en el contenido, no dudamos que la jurisprudencia tomaría ese rumbo que adecuara cada vez más la interpretación de la ley a las necesidades de la vida civil, poniéndola en concordancia con el fin social y, por lo tanto, moral, que ha de revestir todo acto jurídico y hasta todo hecho voluntario simplemente lícito (artículo 898)"².

El art. 1168 aclara más, cuando dice: "Toda especie de prestación, puede ser objeto de un contrato, sea que consista en la obligación de hacer, sea que consista en la obligación de dar al-

es elemento de las obligaciones que nacen del contrato, y puede consistir en una actividad o en el resultado de una actividad del deador (dare, facere, non facere, passivare). Se debe distinguir, entonces, entre el objeto del contrato (que con más propiedad debería llamarse contenido del contrato) y el objeto de las obligaciones (que nacen del contrato), que se designan más estrictamente con el término de prestación". CONC. FALCÓNESCO MANSUETO: *Doctrina general del contrato* (trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Santa Malenda y M. Valverde, con notas de derecho argentino por Vincenzo Nappi), t. I, Buenos Aires, 1957, § 21.

² ALBERTO G. SORO: *Tratado de derecho civil*, t. I (*Parte general*), vol. 3^o (8), "Hechos y actos jurídicos", Buenos Aires, 1957, § 1037.

gura cosa; y en este último caso, sea que se trate de una cosa presente, o de una cosa futura, sea que se trate de la propiedad, del uso o de la posesión de la cosa".

Por lo tanto, será cuestión de analizar uno tras otro los requisitos que tanto los hechos como las cosas deben reunir para poder ser "objeto" de los contratos (habiendo aclarado ya la posible confusión en los términos), para lo cual seguiremos de preferencia a SALVAT y a ARIAS, en las obras ya indicadas. Pero antes consideraremos una cuestión de orden más general (con referencia también a las obligaciones, como es el problema de la apreciación pecuniaria).

3. — EL PROBLEMA DE LA APRECIACIÓN PECUNIARIA.

Mucha tinta ha corrido sobre el tema del epígrafe como para que nosotros no hagamos sino un resumen de dicha polémica, que hoy —en el derecho contemporáneo— parece estar resuelta en el mejor sentido.

Nuestro Código Civil dispone en su art. 1169: "La prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria". Su nota aclara el pensamiento del codificador⁶, cosa que pone aun más de manifiesto la transcripción de una de sus fuentes, la Ley 9, párrafo II, Tit. 7, Lib. 40, del Digesto: "Se discutió si le alcanzaba la liberación al que hubiere dado a un esclavo *stata liber* en abandono noxal. Y Octaviano opinaba que se liberaba; y lo mismo decía también si en virtud de lo estipulado debiese a *Stico* y entregase a éste (esclavo) *stata liber*; pues aunque hubiese llegado a la libertad antes del pago, se extinguiría toda obligación: porque en la obligación se comprenden las cosas que con dinero se pueden pagar y entregar, mas la libertad no se puede pagar con dinero ni se puede rescatar, opinión que me parece verdadera"⁷.

Siguiendo el esquema de RAZZÓNCO⁸, habría dos grandes tendencias con respecto al tema, que serían:

⁶ ARIAS y BAI, § 344. "La Ley Romana dice: en estos la obligación consisten, cuya prestación tal prestare passum. L. 9, § 2, Tit. 7, Lib. 40, Dig. Si la prestación objeto del contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría ésta autorizada a pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afectión no sería suficiente para darle una acción, a menos que la estipulación determinase por tal modo, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral".

⁷ Cfr. el texto completo en ARIAS: Op. cit., pp. 194-95.

⁸ LUIS M. RAZZÓNCO: Estudio de las obligaciones en nuestro derecho civil, 6^o ed., Buenos Aires, 1933, pp. 14 y ss.

a) una primera doctrina, sostenida por SAVIGNY, AUBRY y RAU, LAURENT, BEVILACQUA, DERNBURG, HENDELMAN y la mayoría de los pandectistas alemanes, afirma que sólo los intereses económicos pueden ser objeto de las obligaciones;

b) según la otra doctrina, sostenida principalmente por HERRING⁹, WINDSCHEID, LAROMBERG, DEMOLOME, SALSILLES, SALVAT¹⁰, LAFAILLE¹¹, BARRIA LÓPEZ, SPOTA, CALLI, NINLONI y COLMO¹², deben protegerse los intereses puramente morales o afectivos, como los que surgen de las relaciones de familia, de los sentimientos, de las afecciones, etc., y si aparentemente no es posible valorar en dinero los bienes "ideales", es decir, los bienes que no son en sí mismos cotizables en dinero, apenas se los lesiona se traducen en una disminución patrimonial, en un daño perfectamente evaluable.

Los códigos civiles modernos consagran en general la doctrina de HERRING y WINDSCHEID. Uno, implícitamente, como el alemán y el suizo; otros, expresamente, como el brasileño y el japonés. Es también el criterio del Proyecto de Reformas de 1936, *infra*, § 8, b).

Un autor nacional, PIZANO, para demostrar acaso la relatividad de atribuir a alguien en particular el mérito total de un descubrimiento o labor especial, ha analizado minuciosamente el código civil de Luisiana (1828), para llegar a sostener que se lo puede considerar un perfecto antecedente del maestro de "La lucha por el derecho"¹³.

2.- BUSSO, SALVAT, LAFAILLE, entre otros, han manifestado que en nuestro Código —y con respecto siempre al problema de la "apreciación pecuniaria"— existirían dos criterios distintos de consideración, sin alcanzarse a comprender verdaderamente la razón de esta dualidad. Es decir, que:

a) en materia de obligaciones contractuales, es indudable que nuestro Código exige que la prestación objeto de la obligación, es decir, la materia del contrato mismo, tenga valor pecu-

⁹ Es clásica, incluso porque creemos que no ha sido superada su profunda argumentación, la obra de RUDOLPH VON HERRING: *De l'intérêt dans les contrats et de la préférence nécessaire de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires*, en "Ouvrages Choisis", t. II, París, MDCCCXCIII, págs. 144-211, con un maestro insuperable de casos y ejemplos.

¹⁰ *Op. cit.*, § 163.

¹¹ HÉROLD LAFAILLE: *Derecho civil*, t. VII (Contratos, vol. 1), Buenos Aires, 1953, § 175.

¹² ALFONSO COLMO: *De las obligaciones en general*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, 1928, § 31.

¹³ NICHOLAS A. PIZANO: *El Código Civil Argentino y el Código Civil de Luisiana*, Córdoba, 1950, pp. 134-44.

niario, carácter patrimonial, pues así resulta de los arts. 1167, 953 y 1169 Cód. Civ.;

b) en materia de obligaciones extracontractuales, el criterio consagrado por el Código es el opuesto, lo que resulta del juego de los arts. 1068, 1075, 1078 y 1083 y la n. al 2312, pues está claro que se reconoce la existencia de obligaciones de contenido no pecuniario sino moral, de afección, ídéal, cuya violación da lugar a una reparación pecuniaria o económica.

Esto es claro, nos parece adecuado resumir el problema con las cñteras palabras de Colaco: "La prestación que se llama económica (una cosa, un bien) entraña factores políticos y hasta morales, como son por ejemplo, la circulación de valores, el respeto de la palabra empeñada, la tranquilidad social, etc. En la prestación no económica (la educación de un niño, el honor de una persona, etc.) hay valores económicos evidentes, como son los que dependen de la capacidad intelectual y productora de ese niño, de la reputación manchada, etc."¹⁴.

4. — COSAS O HECHOS POSIBLES (MATERIAL Y JURÍDICAMENTE). EL CONTRATO INMORAL.

Ante todo, el art. 953 Cód. Civ., al que se remite el 1167 (ambos ya transcritos), está dándonos la pauta de lo que debe entenderse por posible (se refiere a la posibilidad física, efectiva) ya que lo ilícito es la imposibilidad jurídica. Es ilustrativa la nota de vélez alázarulo al 953¹⁵, ya que en ella aparece indicada la fundamentación de la analogía existente entre los hechos imposibles, ilícitos y contrarios a las buenas costumbres¹⁶.

¹⁴ Op. cit., § 30.

¹⁵ Dice en su parte pertinente: "Si es un hecho el objeto del acto, debe ser posible y no contrario a las leyes y buenas costumbres. La imposibilidad del objeto del acto jurídico puede tener su origen en motivos materiales o en motivos jurídicos. La imposibilidad material se presenta respecto a las cosas que jamás han existido, o que han dejado de existir, o que no pueden existir. Hay imposibilidad jurídica, cuando la obligación tiene por fin procurar la propiedad de cosas que no pueden ser el objeto de una propiedad, o que son ya la propiedad del acreedor. Sería lo mismo la obligación que tuviese por objeto un matrimonio entre personas que no pueden casarse. Se puede niiquear un carácter análogo a todo acto que es contrario a la ley o a la moral (L.L. 36 y 37 Dec. De Ven. Oblig. y L. 4, Cód. De Just. Sep.). Por esta proposición se puede entender, como en la teoría de las condiciones, que un acto de este género sería jurídicamente imposible, pues que el dñño mismo es jurídicamente posible, y sólo es privado y reprobado por una pena. Mas los hechos contrarios al derecho y a la moral, son punidos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución".

¹⁶ "Las buenas costumbres están contraindicas por las reglas morales impuestas por la convención" (Cán. Civ. 1.º Cap., 25/10/946, "La Ley", 44-544; Cán. Civ. 2.º Cap., 31/9/946, "Jurisprudencia Argentina", 1946-IV-508). Sobre ese punto

Para que una COSA pueda considerarse posible, en el sentido de la ley, se requieren dos condiciones:

- a) que se trate de cosas en el comercio (arts. 530, 1^o p., cláusula 1^a);
- b) que por un motivo especial, la ley no haya prohibido que sean objeto de ningún contrato (953, 1^o p., cláus. 2^a)¹⁷.

Analicemos con mayor cuidado estas condiciones:

Cosas en el comercio: esto resulta exacto para los contratos que se refieren a la enajenación de cosas o derechos, pero en el caso de la locación, éste no es requisito esencial. Véanse si no los arts. 1501 ("Las cosas que estén fuera del comercio, y que no pueden ser enajenadas, o que no pueden enajenarse sin previa licencia o autorización, pueden ser dadas en arrendamiento, salvo que estuvieran fuera del comercio por necesar al bien público, u ofensivas a la moral y buenas costumbres") y 1502 Cód. Civ. ("Las arrendamientos de bienes nacionales, provinciales o municipales, o bienes de corporaciones, o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares. Sólo en subsidio lo serán por las disposiciones de este Código").

El criterio del Código Civil con respecto a las cosas que están en el comercio y fuera del comercio, está dado por los arts. 2337 y 2338 Cód. Civ., que conviene recordar. Dice el 2337: "Las cosas están fuera del comercio, o por su inenajenabilidad absoluta o por su inenajenabilidad relativa. Son absolutamente inenajenables: 1^o Las cosas cuya venta o enajenación fuere expresamente prohibida por la ley; 2^o Las cosas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones". Y el 2338: "Son relativamente inenajenables las que necesitan una autorización previa para su enajenación". Estos dos textos nos remiten a disposiciones generales de la compraventa y de la cesión de créditos, donde se especifican las cosas y derechos inenajenables¹⁸.

véase: Romano B. Bruno: Código civil suizo, t. III, Buenos Aires, 1956, nota al art. 532, pp. 173 y ss.

¹⁷ Conf.: Saravari: Op. cit., § 107; Larrazini: Op. cit., § 174; Astos: Op. cit., pp. 187 y ss.

¹⁸ Civ. por ejemplo, los arts. 1328 —cosas inexistentes—; 1319, 1330 —cosa ajena—; 1333 —cosa indeterminada—; 1444 —regla general sobre la cesión—; 1443 —derechos inherentes a las personas—; 1449 —derechos de uso y habitación, esperanzas de sucesión, montajes, pensiones militares y civiles—; 1452 —prohibiciones a tutares, curadores y administradores—; 1453 —derecho a alimentos futuros y pacto de preferencia—; etc.

Cosas que la ley no haya prohibido que sean objeto de algún contrato: el Código, en el capítulo que tratamos, mantiene una prohibición de mucha importancia: la relativa a contratar sobre herencias futuras (arts. 1175 y 1176), de la cual tratamos *infra*, § 7, III. En el estudio particular de los contratos, se encuentran prohibiciones especiales, por ejemplo: la cesión de los derechos de uso y habitación (art. 1449); del derecho a alimentos futuros (art. 1453); la de ceder el derecho a la indemnización por accidente del trabajo (art. 13, ley N° 9.688), etc.

Para que un HECHO sea posible, debe reunir las siguientes condiciones:

- a) no ser hechos imposibles, ilícitos o contrarios a las buenas costumbres;
- b) no ser hechos prohibidos por las leyes;
- c) no ser hechos que perjudiquen los derechos de un tercero (art. 953, 1° p. *in fine*).

Falta considerar ahora el importante tema de las convenciones inmorales, que por supuesto no pueden ser válidas, dada la terminante prohibición del art. 953 Cód. Civ. Quizás haya sido escogido *avanzar*, en obra justamente célebre²⁰, quien se haya ocupado del tema con mayor detenimiento. En dicho libro, el maestro francés sintetiza (o mejor, ejemplifica) una clasificación de las convenciones inmorales, así expuesta:

I. — Convenciones relativas a la vida, al respeto de la persona, a la libertad o al matrimonio²¹.

II. — La moral sexual. Concubinato y casas de tolerancia²².

III. — Enriquecimiento inmorales. Juego, lotería, corrupción,

²⁰ *Le style moral dans les obligations civiles*, París, 1935.

²¹ "La licitud para no ejercer el comercio en establecerse debe limitarse a diez años" (Cruzari *c/Dirigencia La Estrella*, "J. A.", t. X, p. 837); "Los partes del cuerpo humano que se exponen naturalmente pueden ser objeto de actos jurídicos, por lo que nada obsta a que se cobre un precio por la sangre dada para realizar una transfusión" (Cárm. 1° La Plata, 18/6/300, "J. A.", 1951-I-118). Cfr. el art. 531, inc. 2° Cód. Civ.: "Son absolutamente prohibidas las condiciones siguientes: ... 2° Mudar o no mudar de religión".

²² Véase Spore, *Op. cit.*, §§ 1845-56 (Compraventa de una casa de tolerancia como contrato de objeto lícito), probando artículo sobre el tema. Cfr. entre otras, los fallos: Cárm. Civ. 2° Cap., 31/6/948, "L. L.", 51-876 (en ilícita la obligación de ejercer la prostitución); SC de Buenos Aires, 23/2/945, "J. A.", 1948-III-136 (locación de casas de tolerancia); Cárm. Com. Cap., 3/10/941, "J. A.", 76-487 (venta de una casa de tolerancia); "J. A.", t. 8, p. 251 (promesa de locación de un prostíbulo); Cárm. Civ. 1° Cap., 3/3/336, "Gaceta del Foro", t. 61, p. 69 (el gestor de estos contratos carece de derecho a comisión).

efectos de complacencia, investigación de herencias, cesión de clientelas, influencia²².

IV. — Convenciones que dematuralizan el ideal moral por el interés pecuniario: sociedades inmorales, correajes matrimoniales, etcétera²³.

V. Convenciones que suprimen la responsabilidad penal o civil²⁴.

VI. — Estipulación de remuneración por un acto que debía ser cumplido por deber²⁵.

VII. — Contratos en perjuicio de terceros.

Con respecto al contrato inmoral en sí, pocos autores han tratado el tema con la profundidad de sauger, que dice: "Or, l'éthique du contrat immoral nous met en présence d'une convention qui peut présenter un équilibre économique parfait telle la vente ou la location d'une maison de tolérance, tel le trafic d'influence, etcétera... dont aucun des deux patrimoines n'aurait le moindrement à souffrir. Cette convention est cependant annulée, et cela en vertu d'une appréciation du juge qui porte sur la conduite, ou même les mobiles des contractants. Cette conception objective, scientifique de l'obligation ainsi qu'on l'a parfois qualifiée se trouve, de ce fait, incontestablement démentie. Faut-il le regretter? Est-ce le signe d'un retour de l'obligation vers le *sinculamus juris primitif*? Nous ne le pensons pas. C'est, au contraire, une juste application de la notion véritable de l'obligation, no-

²² "El hecho de llevar a cabo gestiones ante los poderes públicos no autoriza a suponer que se con objeto de ejercer la influencia personal" (Cám. Civ. 1^o Cap., 27/11/923, "J. A.", t. 11, p. 1047); "El farmacéutico que presta su nombre y su título para una farmacia que no regentaba, no puede cobrar honorarios por la prestación de dichos servicios" (Cám. Civ. 1^o Cap., 2/3/925, "J. A.", t. 17, p. 485); "El convenio por el cual un profesional presta su título y responsabilidad a una persona que no puede ejercer su profesión en dicho y no puede fundar ninguna acción" (Cám. Civ. 2^o Cap., 17/7/918, "G. del P.", t. IX, p. 21); sobre "venta de influencia" (Cám. Civ. 1^o Cap., 4/7/922, "J. A.", 28-293; Cám. Civ. 1^o Cap., 2/3/950, "J. A.", 1950-III-217; Cám. Com. Cap., 12/7/940, "J. A.", t. 237); "toda convención por la cual el que tenga los medios de conseguir legajos, exija del abogado una parte de sus honorarios, debe considerarse sin valor legal por ser ilícita y contraria a la moral y buenas costumbres. La participación que pretende el actor será prohibida por los arts. 302, 303 y 1167 Cód. Civ., y el contrato invocade como fundamento de la demanda será afectado de nulidad absoluta, cuya declaración puede hacerse de oficio por los jueces" (Cám. Civ. "J. A.", t. 52, p. 466). Pueden consultarse con provecho: Lando, FRANCISCO: *Velidez y nulidad del contrato en que se aporta clientela contra participación en honorarios profesionales. La libertad contractual y las buenas costumbres*, en "J. A.", 52-484; GONZALEZ, NARCISO: *Nulidad de los comodatos y pactos concluidos por abogados con terceros no profesionales en base a su propia profesión*, en "Homenaje a Zenón Martínez", Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1944, pp. 207-37; OZZAN, ANTONIO: *Venta de influencia o de auras*, en "Nuevos Estudios de Derecho Civil", Buenos Aires, 1954, pp. 93-106.

tion qui est double. Sans doute le contrat comporte un lien entre deux patrimoines, mais il ne se réduit pas à ce lien. Il est, avant tout, une relation entre deux volontés. La convention met en rapport deux individus, deux hommes, il faut donc tenir compte, dans son appréciation juridique, de sa valeur humaine. La lutte de la jurisprudence contre le contrat immoral est une application de ce principe"²⁵.

5. — COSAS DETERMINADAS O INDETERMINABLES.

Dice el art. 1170 Cód. Civ.: "Las cosas objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse". Y el 1171: "La cantidad se reputa determinada cuando su determinación se deja al arbitrio de tercero; pero si el tercero no quisiera, no pudiere, o no llegare a determinarla, el juez podrá hacerlo por sí, o por medio de peritos si fuese necesario, a fin de que se cumpla la convención".

Veamos los casos que pueden presentarse²⁶:

a) cosas ciertas (v. gr., si vendo la lapicera fuente con que escribo; el caballo que tengo en mi quinta);

²⁵ Bacheza el contrato matrimonial, el ya citado fallo de la Cám. Civ. 3.^a Cap., 31/8/48, "L. L.", 51-436. Cfr. Chiosso, Lazzarato: *El contrato matrimonial*, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", marzo-junio 1936, págs. 183 y ss.; y Rossi, González A.: *Tratado de derecho civil argentino*, "Familia", 2.^a ed., t. I, Buenos Aires, 1939, págs. 66-67.

²⁶ Cfr. el art. 185 Cód. Civ.: "Son prohibidas y se tendrán como no escritas, las cláusulas que sirven al fin de hacer inasible de los bienes del marido, o de dar cuenta de su administración todas las veces que se le ordena por este Código, o la autorizan a entrar en la posesión de los bienes, antes de hacer el inventario".

²⁷ "El immoral y contrario a las buenas costumbres la obligación contractada ante un funcionario público para que realice o se abstenga de realizar un acto referente a su cargo" (Cám. Civ. 1.^a Cap., 11/3/348, "J. A.", 1946-1-667).

²⁸ Joazeiro Saurav: *Le contrat immoral*, Paris, 1939 ("Según ella, el estudio del contrato immoral nos pone en presencia de una convención que puede presentar un equilibrio económico perfecto, como sería la venta o locación de una casa de tolerancia o el tráfico de influencias, etc..., en la que ninguno de los dos patrimonios sufre en la más mínima. Esta convención, sin embargo, no es válida y ello en virtud de una apreciación judicial que alucina a la conducta, e incluso a los móviles de los contratantes. Esta concepción objetiva, científica, de la obligación (como alguna vez se la ha calificada) se encuentra, en esta forma, desmentada en su totalidad. ¿Termino que lamentoso? Resulta el signo de un retroceso de la obligación hacia el *vinculum juris* primitivo? No lo creemos. Es, por el contrario, una aplicación justa de la verdadera noción de la obligación, acción que se debió. Sin duda, el contrato implica una ligadura entre dos patrimonios, pero no se reduce a esta ligadura. Es, ante todo, una relación entre dos voluntades. La convención relaciona a dos individuos, a dos hombres, y es necesario entonces tener en cuenta, en la apreciación jurídica, su valor humano. La lucha de la jurisprudencia contra el contrato immoral es una aplicación de este principio").

b) cosas inciertas no fungibles: deben estar determinadas "en cuanto a su especie", por ejemplo, una gallina —para su individualización se seguirán las reglas respectivas del título *De las obligaciones de dar* (arts. 601 y ss. Cód. Civ.)—, pero no basta que se indique el género (un ave);

c) cosas fungibles: basta con que el contrato indique que la cosa "pueda determinarse" (vendo la cantidad de carbón que el comprador necesita para alimentar su caldera de calefacción durante todo el invierno).

El art. 1171 Cód. Civ. tiene especial aplicación en el contrato de compraventa, y es con relación a éste que debe considerarse especialmente²⁸. Pero hay que destacar que el art. 1350 Cód. Civ. ofrece otra solución para el caso de disenso: "Cuando la persona o personas determinadas para señalar el precio, no quisieren o no llegaren a determinarlo, la venta quedará sin efecto". En igual sentido, el art. 459 del Código de Comercio²⁹.

6.—COSAS EXISTENTES AL TIEMPO DE CELEBRARSE EL CONTRATO.

El art. 1172 Cód. Civ. dice: "Son nulos los contratos que tuvieren por objeto la entrega de cosas como existentes, cuando éstas aun no existan, o hubieren dejado de existir; y el que hubiere prometido tales cosas indemnizará el daño que causare a la otra parte". Como muy bien acota LARANER³⁰, "la responsabilidad que consigna la frase terminal es la que emerge de la culpa in contrahendo, por "incapacidad del objeto", según la gráfica expresión de MANSUE".

La disposición se aplica a:

a) las cosas inexistentes (cuando se ha contratado sobre ellas como existentes, ya que si se ha contratado sobre cosas futuras, rige el 1173 Cód. Civ. y concordantes);

b) cosas que hubieran dejado de existir (si se vende, por ejemplo, un caballo que yo creía tener pero que en realidad ha muerto —1328, 1ª p.—)³¹.

El art. 1173 expresa: "Cuando las cosas futuras fueren objeto

²⁸ Seguirnos aquí a SALAZAR, *Op. cit.*, § 109 y ss.

²⁹ En este sentido, SALAZAR, *Op. cit.*, § 110.

³⁰ "El precio de la venta puede ser dejado al arbitrio de un tercero. Si éste no pudiere o no quisiere hacer la determinación, quedará sin efecto el contrato, salvo pacto en contrario".

³¹ *Op. cit.*, § 110.

³² El ejemplo es de SALAZAR, *Op. cit.*, § 112.

de los contratos, la promesa de entregarlas está subordinada al hecho, si llegase a existir, salvo si los contratos fueren aleatorios”.

Para comprender este último artículo, preciso es relacionarlo con los arts. 1404-1407 del título de la compraventa, que reproducimos en nota ²², pues marcan bien la diferencia existente ya desde el derecho romano entre la *emptio spei* (es decir, la compra de una esperanza, en la que el adquirente toma sobre sí el riesgo de que exista o no la cosa: tal el clásico golpe de red, por ejemplo) y la *emptio rei sperata* (compra de la cosa esperada, en la que se especula con la cuantía —en más o en menos— del objeto, y no con su existencia misma) ²³.

7.—CASOS ESPECIALES: I) COSAS LITIGIOSAS O SUJETAS A GRATÁMENES O EMBARGOS. II) COSAS AJENAS. III) HERENCIA FUTURA.

I) Cosas litigiosas o sujetas a gravámenes o embargos.

El Código Civil, para evitar toda duda en determinadas hipótesis, ha previsto en su art. 1175: “Pueden ser objeto de los contratos las cosas litigiosas, las dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, salvo el deber de satisfacer el perjuicio que del contrato resultare a terceros”. LAFAYETTE aclara: “Quienes con pleno conocimiento de causa realizan operaciones semejantes, no incurrirán ciertamente en ilegalidad, y aquéllas serían eficaces, pero cuadra indemnizar a los extraños por el detrimento que pudiera irrogarse” ²⁴.

Es decir, si se oculta al contratar la condición en que se encontraban las cosas, la parte que prometió su entrega será pasible de graves responsabilidades por los daños causados a la

²² 1404: “Si la cosa fuese aleatoria, por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, el vendedor tendrá derecho a todo el precio aunque la cosa no llegue a existir, si de su parte no hubiere habido culpa” (*emptio spei*); 1405: “Si la cosa fuese aleatoria por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, en cualquier cantidad, el vendedor tendrá también derecho a todo el precio, aunque la cosa llegue a existir en una cantidad inferior a la convenida: mas si la cosa no llegare a existir, no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio, si lo hubiere recibido” (*emptio rei sperata*); 1406: “Si fuese aleatoria por haberse vendido cosas existentes, sujetas a algún riesgo, tomando el comprador ese riesgo, el vendedor tendrá igualmente derecho a todo el precio, aunque la cosa hubiere dejado de existir en todo, o en parte en el día del contrato”; 1407: “La venta aleatoria del artículo anterior, puede ser anulada como dolosa por la parte perjudicada, si ella prueba que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo a que la cosa estaba sujeta”.

²³ Com. LAFAYETTE, *Op. cit.*, § 177.

²⁴ *Op. cit.*, § 183.

otra (arg. art. 1177). Inclusive el promitente de la entrega puede incurrir en el delito civil de estelionato²⁵.

La jurisprudencia ha hecho aplicación de este artículo en varias ocasiones, al decidir, por ejemplo, "que la venta de cosas embargadas es lícita, aun cuando ella es inoponible al embargante; en tal caso, el vendedor responde ante el comprador por los daños que éste sufre si el embargante hace efectivo su derecho sobre aquéllas"²⁶.

II) Cosas ajenas.

El principio general está establecido en el art. 1177, Cód. Civ.: "*Las cosas ajenas pueden ser objeto de los contratos. Si el que promete entregar cosas ajenas no hubiese garantizado el éxito de la promesa, sólo estará obligado a emplear los medios necesarios para que la prestación se realice. Si el tuviere culpa de que la cosa ajena no se entregue, debe satisfacer las pérdidas e intereses. Debe también satisfacerlas, cuando hubiese garantizado la promesa, y ésta no tuviere efecto*".

Veamos algunas acotaciones: si bien la regla para los contratos es que "las cosas ajenas pueden ser objeto" de ellos, en la compraventa ello no ocurre así, por el art. 1329 Cód. Civ., que establece: "*Las cosas ajenas no pueden venderse. El que hubiere vendido cosas ajenas, aunque fuese de buena fe, debe satisfacer al comprador las pérdidas e intereses que le resultasen de la anulación del contrato, si éste hubiese ignorado que la cosa era ajena. El vendedor después que hubiere entregado la cosa no puede demandar la nulidad de la venta, ni la restitución de la cosa. Si el comprador sabía que la cosa era ajena, no podrá pedir la restitución del precio*". Claro que los arts. 1330 y 2504, autorizan su convalidación si ulteriormente se obtuviere por el promitente la propiedad del objeto²⁷. El Código de Comercio se inspira en un criterio completamente opuesto, sin matiz alguno, en su art. 453²⁸.

²⁵ Véase (infra, II) *Cosas ajenas*, la referencia al art. 1175 Cód. Civ. Sobre el origen de la palabra "estelionato", cfr. SASSON, *Op. cit.*, § 119, en una página muy ilustrativa.

²⁶ Cóm. Civ. 2ª Santa Fe, 10/10/550, "L. L.", 63-60. Otros tribunales han admitido el contrato siempre que se exigiere sobre su precio la suma embargada (Cóm. Com. Cap. 33/8/545, "L. A.", 1945-III-422).

²⁷ 1330 Cód. Civ.: "La nulidad de la venta de cosa ajena, queda cubierta por la ratificación que de ella hiciera el propietario. Queda también cubierta, cuando el vendedor ulteriormente hubiere vendido a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida"; 2504: "Si el que transmitió o constituyó un derecho real que no tenía derecho a transmitir o constituir, lo adquiriera después, ratificando que transmitió o constituyó un derecho real vendiéndolo como si lo hubiera tenido al tiempo de la transmisión o constitución".

²⁸ "La compraventa de cosa ajena es válida. El vendedor está obligado a su entrega o, en su defecto, a abonar daños y perjuicios, siempre que el comprador

Si al concertar la operación, se ha manifestado que la cosa era propia cuando en realidad es ajena y se lo sabía, se aplica el art. 1178 Cód. Civ.: "El que hubiese contratado sobre cosas ajenas como cosas propias, si no hiciera tradición de ellas, incurre en el delito de estelionato, y es responsable de todas las pérdidas e intereses". La existencia del delito civil de estelionato no excluye la del respectivo del derecho penal, que se encuentra comprendido entre los ejemplos de defraudación del art. 173, inc. 3, del Código Penal⁸². Por análogas razones, el Código Civil sanciona de igual modo, en el art. 1179, a los contratantes de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, etc.: "Incurre también en el delito de estelionato y será responsable de todas las pérdidas e intereses quien contratase de mala fe sobre cosas litigiosas, pignoradas, hipotecadas, o embargadas, como si estuviesen libres, siempre que la otra parte hubiere aceptado la promesa de buena fe".

III) Herencia futura.

El art. 1175 Cód. Civ. dice: "No puede ser objeto de un contrato la herencia futura, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate: ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares". Esta disposición tiene su origen en el derecho romano, y de éste ha pasado, salvo modificaciones de detalle, a la mayoría de las legislaciones antiguas y modernas⁸³. Se dan, por muchos autores, los siguientes fundamentos:

a) Tales contratos son odiosos e inmorales, porque se espereña con la muerte de una persona, ya que la parte que se beneficia con sus estipulaciones, desea que el dueño de la herencia muera lo antes posible.

b) Son péligrosos, ya que el estipulante, en miras del interés previsto, puede llegar a valerse de procedimientos criminales para apresurar la muerte del de cujus.

ignoras que la cosa es ajena. Si el comprador, al celebrar el contrato, sabe que la cosa es ajena, la compraventa será mala. La promesa de venta de cosa ajena será válida. El vendedor será obligado a adquirirla y entregarla al comprador so pena de daños y perjuicios".

⁸² "Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerará como especies de defraudación y sufrirá la pena que si establece: ... 3) El que vendiere o gravase como bienes libres, los que fueran litigiosos o estuvieran embargados o gravados; y el que vendiere, gravase o arrendare como propios, bienes ajenos".

⁸³ Para un estudio histórico, LAFANDE: Op. cit., 180. El principio se encuentra suficientemente reiterado en el Código Civil: art. 848 ("No puede haber sucesión sobre los derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva") y art. 1443: ("Es prohibida la cesión de los derechos de uso y habitación, las aprensivas de sucesión...").

c) Podrían violar fácilmente las disposiciones sobre la legítima hereditaria, que el legislador ha querido preservar ⁴¹.

Empero, estos argumentos resultan ser más impresionantes que probatorios, ya que una gran parte de la doctrina moderna sostiene que sólo obedecen a motivos tradicionales hoy superados, aunque todavía ciertos sectores se pronuncian por el mantenimiento de tales prohibiciones ⁴².

Volviendo al derecho positivo, cabe recordar que estos contratos son nulos de nulidad absoluta, que no admite confirmación (art. 1047). Sin embargo, pueden señalarse ciertas limitaciones al principio del art. 1175:

a) El art. 1217, inc. 4, Cód. Civ. (donaciones entre esposos de los bienes que dejaren por su fallecimiento).

b) Arts. 3514 a 3538 (partición hecha por el padre o madre o demás ascendientes, entre sus descendientes).

c) Dentro de ciertos límites, los contratos de enajenación hechos por el testador a favor de herederos legítimos, aunque sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo (artículo 3604) ⁴³.

La prohibición funciona:

a) Para herencias testamentarias o ab intestato (la ley no distingue, pues habla de "herencia futura").

b) En contratos celebrados con consentimiento del dueño de la herencia o sin él (art. 1175, 1º p. in fine).

c) También cuando el contrato recae sobre "derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares" (art. 1175, 2º p.), y no sobre herencias, íntegras o en parte, pues los motivos son los mismos ⁴⁴.

El Código soluciona también un problema que podía haber acarreado dificultades, con el art. 1176: "Los contratos hechos simultáneamente sobre bienes presentes, y sobre bienes que dependen de una sucesión aun no deferida, son nulos en el todo, cuando han sido concluidos por un solo y mismo precio, o cuando

⁴¹ Resumen de lo expuesto por SALVAT, Op. cit., § 121.

⁴² Véase una extensa crítica en SALVAT, Op. cit., § 126 (nota del actualizador Acuña Anzorrena).

⁴³ LAPAILLE opina que ciertos contratos del testador con sus herederos legítimos —los del art. 3604— y los actos susceptibles de colación o de reducción no pueden incluirse dentro de los pactos hereditarios (Op. cit., § 179, n. 151).

⁴⁴ Así, SALVAT, Op. cit., § 122.

que aquél en cuyo provecho se ha hecho el contrato consienta en que la totalidad del precio sea sólo por los bienes presentes". Como acota LAPALLA, es el mismo criterio que admite el Código para el caso de la transacción (art. 847)⁴⁵.

Las aplicaciones jurisprudenciales del art. 1175 Cód. Civ. ofrecen interés, dada la variedad de matices que brindan las transacciones en la vida diaria. Así, se ha decidido por ejemplo, que "la venta o promesa incondicional de venta de cosa ajena, que surtirá efectos entre los parientes del dueño de la misma después de su fallecimiento, importa un pacto sobre herencia futura, no susceptible de confirmación después de la muerte de aquél, ya que se encuentra interesado el orden público"⁴⁶. Y que "la renuncia o cesión del derecho a la reserva hecha en vida del padre obligado a ella, no constituye un pacto sobre herencia futura, sino sobre derechos de los que ya es titular el reservatario por lo que es válida"⁴⁷.

8.—LA REFORMA DE 1936. IDEA.

Extractándose de LAPALLA⁴⁸, veamos cuáles fueron las innovaciones principales del proyecto de la Comisión Reformadora de 1936:

a) Resultan manifiestamente inútiles los arts. 1167 y 1168 Cód. Civ., al ser reemplazados por los arts. 155 y 156 del Proyecto⁴⁹.

b) Se elimina el requisito de que las cosas o los hechos sean "susceptibles de apreciación pecuniaria" (art. 1169 Cód. Civ.).

c) En lo referente a la facultad del juez que el art. 1171 Cód. Civ. otorga, para coordinar mejor esta disposición con el

⁴⁵ Op. cit., § 175. Dice el art. 847: "Si la transacción fuere simulada sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, aunque dado un solo precio, o uno solo cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios".

⁴⁶ Cóm. Mac. Civ. "B", 14/3/351, "I. L.", 62-625.

⁴⁷ Cóm. Civ. 1ª Cap., 1º/2/333, "I. A.", 43-353. Y también: Cóm. Civ. 1ª Cap., 24/3/345, "I. A.", 1945-31-353.

⁴⁸ Op. cit., § 192 y ss.

⁴⁹ 155: "No podrá ser objeto de los actos jurídicos: 1º Aquello que no esté dentro del comercio. 2º Lo comprendido en una prohibición de la ley. 3º Los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral o a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros. La inobservancia de esta regla causa la nulidad del acto, y de igual modo las cláusulas económicas que bajo la apariencia de condiciones contravengan lo dispuesto por este artículo"; 156: "Se juzgará especialmente contrario a las buenas costumbres el acto jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperticia ajena, se hiciera prometer o otorgar para sí o para un tercero, o cambio de una prestación, ventajas de orden patrimonial".

resto del ordenamiento, establece el art. 808 del Proyecto: "La cantidad se reputa determinable cuando su fijación se deja al arbitrio de un tercero. Si éste no quisiere o no pudiere hacerlo dentro de un plazo prudencial, el contrato quedará sin efecto, a menos que contuviere bases para dicha determinación. En este caso la hará el juez, como también cuando una de las partes hubiere ejecutado lo convenido sin acordar la cantidad de la contra-prestación".

d) Se completa y mejora la regla del 1172 del Cód. Civ., con el 810 del Proyecto: "Si al contratarse una prestación imposible sólo una de las partes conoció o debió conocer esa circunstancia, estará obligada a reparar el daño que hubiere sufrido la otra, por haber confiado en la validez del acto. Tal responsabilidad no podrá exceder del interés que tenía esa parte en el cumplimiento de la convención. Estas disposiciones son aplicables al caso de imposibilidad parcial, o cuando el contrato fuere válido en parte", distinguiendo entre la buena y la mala fe del promitente. Tampoco sufre menoscabo la validez de la operación, dentro de las hipótesis previstas en el art. 811 del Proyecto: "La imposibilidad no afecta la eficacia del contrato ajustado para el caso de que la prestación llegara a ser posible. Pero si hubiera sido prometida bajo otra condición suspensiva, o sujeta a plazo, también suspensivo, el contrato será válido siempre que la imposibilidad desapareciera antes de cumplida la condición o de vencer el término".