

Revista número 117. Año 1968.

Conversión del negocio jurídico inválido en el derecho civil argentino

María Josefa Méndez Costa

Profesora titular de Derecho Civil V y VI

Los autores argentinos tratan este tema de la conversión del negocio jurídico inválido en forma incidental, aunque de interesante contenido, con excepción del Dr. Spota, quien le dedica algunas p.nas en el título de su Tratado en que estudia la nulidad de los actos jurídicos.⁽¹⁾ No ocurre lo mismo con la doctrina extranjera, especialmente con la alemana e italiana, obedeciendo a la inclusión expresa de la figura en los respectivos Códigos Civiles, a saber, el artículo 140 del BGB, que dispone: «Si un acto jurídico nulo reuniera las condiciones de otro acto jurídico, será válido por este último título cuando pueda admitirse que las partes, aun conociendo la nulidad, habrían querido su validez», y el artículo 1424 del Código Civil Italiano de 1942, relativo a los contratos, que dice así: «El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato distinto, del que contenga sus requisitos de sustancia y de forma, cuando, teniendo en consideración el fin perseguido por las partes, haya de estimarse que estas lo habrían querido si hubieran conocido la nulidad». Por su parte, el artículo 293 del Código Civil Portugués de 1966 dispone que «El negocio nulo o anulable puede convertirse en un negocio de tipo o contenido diferente, del cual contenga los requisitos esenciales de sustancia y de forma, cuando el fin perseguido por las partes permita suponer que ellas lo hubieran querido si hubieran previsto la invalidez».

El Código Civil Argentino carece de texto de contenido similar a los citados. Sin embargo, la procedencia de la conversión del acto jurídico inválido en nuestro derecho es indiscutible, recibe favorable acogida en doctrina y jurisprudencia, aunque no siempre expresamente, y constituye un aporte valioso para la seguridad de la vida jurídica. El presente trabajo solo pretende concretar algunas reflexiones sobre el tema, aplicado especialmente a las disposiciones de última voluntad.

⁽¹⁾ Spota, A. G., *Tratado de derecho civil*, T. I. Vol. 36, 2a ed. (Buenos Aires, 1967) Tit. III, Cap. único, par. 2, N° 1961, pp. 753 y s.

1. Caracterización del negocio jurídico inválido, remisión y síntesis de doctrina

Formular un concepto jurídico supone haber agotado previamente la caracterización del objeto a definir y haber optado cuando caben, no ya matices distintos, sino diferencias de fondo en la naturaleza, condiciones y efectos que pueden serle atribuidos. Sucede igualmente con la conversión, marcándose la divergencia en el rol reconocido a la voluntad individual en su génesis. Una exposición completísima de antecedentes y doctrina al respecto se encuentra en la obra exhaustiva de José Luis de los Mozos *La conversión del negocio jurídico inválido*,⁽²⁾ pero, no compartiendo sus conclusiones, nos remitimos a la breve y clara presentación de Manuel Albaladejo García en su trabajo *Ineficacia e invalidez del negocio jurídico*,⁽³⁾ de la cual resulta la tesis más aceptada sobre la conversión: esta consiste en el cambio, la transformación de un negocio jurídico inválido, en otro negocio jurídico válido, distinto, siempre que concurren la condición objetiva de la existencia en el primer negocio de los requisitos de fondo y forma del segundo y la condición subjetiva de una voluntad hipotética de las partes consistente en un *que hubieran querido* el segundo de haber conocido la invalidez del primero, voluntad que puede descubrirse a través del fin práctico perseguido. Justamente en este requisito se abren las divergencias: ¿depende la conversión decisivamente de la voluntad hipotética de las partes?

Luigi Mosco en «La conversione del negozio giuridico», ha fundado seriamente su posición contraria, crítica a la regla del artículo 1424 del Código Civil Italiano, atribuyendo al legislador en el mismo «la intención... de dar a la conversión una base objetiva... legal. La ley, escribe, hace surgir directamente del negocio los efectos de la conversión. Esto significa en primer lugar que para tales efectos no se puede hablar ni de aplicación de las normas sobre interpretación del negocio, ni de aquellas sobre los vicios de la voluntad. La voluntad privada permanece completamente extraña a la producción de los efectos de la conversión. Pero como sucede con todas las normas dispositivas, también esta sobre la conversión encuentra aplicación en cuanto las partes no hayan manifestado una voluntad contraria. La ley en sustancia cumple aquí (como en toda norma dispositiva), una función de integración de la voluntad privada». «Por lo tanto se puede afirmar que la conversión sí, en un sentido, y esto en cuanto tiene en cuenta la posibilidad de su exclusión, realiza una función de integración de la voluntad privada por la ley, en otro sentido, representa una hipótesis de sustitución de la voluntad privada».⁽⁴⁾

Por su parte, De los Mozos clasifica, expone y critica las distintas teorías en el Capítulo III de su citada obra y se resuelve también por la fundamentación objetiva, ya anticipada en su concepto «hablamos de conversión cuando un negocio nulo se convierte en otro del que contiene sus requisitos de fondo y sustancia (elemento objetivo), siempre que las partes no hayan querido, de haberlo conocido, su nulidad, o que se demuestre de una manera clara su voluntad contraria a la conversión misma (elemento subjetivo)».⁽⁵⁾

Es decir que la voluntad de las partes, para estos autores, tiene trascendencia solo para excluir la posibilidad de convertir el negocio (influencia negativa) y no para determinarla

⁽²⁾ Editorial Bosch (Barcelona, 1959). Incluye la más completa bibliografía sobre el tema que pueda ser consultada.

⁽³⁾ Madrid, 1958 – II, N° 5 a 30, p. 19 y sig.

⁽⁴⁾ Mosco, Luigi, *La conversione del negozio giuridico* (Nápoles 1947). Los textos citados corresponde al Cap. I, N° 26, p. 113, 114 y 116, leyéndose en este número un resumen de la posición personal del autor.

⁽⁵⁾ de Los Mozos, *op. cit.*, Cap. I, 2, p. 23.

(influencia positiva), objetándose a la tesis de la *voluntad hipotética*, lo imposible de concretar una *voluntad fantasma* en los hechos, el peligro que encierra dejarlo a la discrecionalidad de los jueces sin base objetiva y el principio general de ser la ley la que atribuye efectos jurídicos a determinados actos humanos.⁽⁶⁾ Sin embargo, no parece posible sustraerse a la consideración de la eficacia de la voluntad hipotética en sentido positivo (hacia la conversión) dados los términos de los artículos citados del BGB, del Código Civil Italiano y del novísimo Código Civil de Portugal. Y con más razón cuando no existe norma expresa, si el ordenamiento reconoce la trascendencia jurídica de la voluntad individual.⁽⁷⁾

Esto no implica negar que la conversión surja de la norma, implícitamente, ya que es esta quien consagra la eficacia de la voluntad privada. Así entendido el planteo, no encontramos obstáculos en suscribir el párrafo de Mosto: «Los efectos del negocio derivan por lo tanto inmediatamente de la voluntad privada, pero tienen como su causa mediata la voluntad legal»,⁽⁸⁾ sentido que damos también a Messinco cuando dice que «la conversión, de todos modos, no puede ser más que obra exclusiva de la ley».⁽⁹⁾

No puede, entonces, prescindirse de la voluntad hipotética que no es propiamente una voluntad «presumida» por la ley o atribuida gratuitamente a las partes: es una voluntad verdadera ya que es indudable que aquellas quisieron un determinado efecto, generalmente más restringido,⁽¹⁰⁾ incluido por lógica en el más amplio que resulta jurídicamente imposible lograr, efecto que puede «integrarse dentro de la órbita del interés práctico perseguido», según la gráfica expresión de Betti.⁽¹¹⁾ La fórmula De los Mozos, en el fondo, lo admite, poniendo en evidencia que es la voluntad hipotética favorable, no excluida mediante un pronunciamiento expreso de las partes, la que determina la conversión por el juego del ordenamiento normativo puesto al servicio del interés concreto de los sujetos del negocio y de la seguridad del tráfico jurídico.

A dicha voluntad hipotética se arriba a través y por medio de un esfuerzo de interpretación *integradora*,⁽¹²⁾ llamada a hacer producir al acto el máximo de efectos concretos compatibles con las exigencias legales. Entendemos por *interpretación integradora* aquella que, como toda interpretación, indaga la verdadera y total voluntad manifestada, persigue «desentrañar el sentido de una exteriorización que debe reflejar una voluntad»,⁽¹³⁾

⁽⁶⁾ *Idem. Loc. cit.*, N° 14, pp. 71–72.

⁽⁷⁾ En contra de la opinión de Satta, citada por De los Mozos, en lugar que acabamos de citar y tal como intentaremos demostrarlo para el derecho argentino.

⁽⁸⁾ Mosto, *op. cit.* Cap. I, N° 14, p. 63.

⁽⁹⁾ Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y Comercial*, trad. de Sentis Melendo (Buenos Aires, 1954), T. II, párrafo 47, p. 493.

⁽¹⁰⁾ Sobre la posibilidad excepcional de que el segundo negocio produzca efectos más amplios que los del primero, véase Albaladejo García, *op. cit.* N° 6, p. 22–23.

⁽¹¹⁾ Betti, E., *Teoría general del Negocio Jurídico*, 2da. edic. castellana (Madrid, 1959), Cap. VIII, N° 61, p. 375 (La posición de este autor es contraria a la teoría voluntarista de la conversión).

⁽¹²⁾ Cariotta Ferrara, Luigi, *El negocio jurídico*, traducción de Albaladejo García (Madrid, 1956), Cap. V, N° 90 p. 310; Pérez González B. y Alguer J. en notas a Ennecerus I. y Nipperdey A., *Derecho civil Parte General*, T. I., Vol. Cap. V, párrafo 189, p. 379, hablan de «investigación interpretativa». Messineo atribuye a cierta doctrina el ver en la conversión una interpretación integrativa, *op. y loc. cit.*, p. 493. Las críticas de De los Mozos pueden leerse en el Cap. III, N° 13, p. 69–70.

⁽¹³⁾ Videla Escalada, Federico M., *La interpretación de los contratos civiles* (Buenos Aires, 1964) I, p. 8. Por supuesto, el concepto de interpretación depende de la posición personal en el problema de las relaciones entre la declaración y la voluntad interna. Para quienes se pronuncian por la preeminencia de la primera, «interpretar», significa indagar y reconstruir el significado de esta exteriorización. Conf., por ej., Betti, *op. cit.*, Cap. VI, p. 237 y sig.

pero que penetrando en lo más profundo, intenta «sacar a la luz el contenido preceptivo implícito o marginal que las partes han dejado en la oscuridad».⁽¹⁴⁾ Siendo interpretación de la intención se aplica sobre esta, para precisar la integridad de su contenido con rigor lógico, permaneciendo dentro de los límites de lo querido o convenido, desentrañando las consecuencias que «implícitamente se encuentran comprendidas».⁽¹⁵⁾ Se trata de una inferencia lógica que resulta valiosa en doble sentido: el interés de las partes que buscan un efecto práctico y el interés social de la seguridad jurídica. «El proceso (de la conversión) se funda en la consideración de que los contratantes están más interesados en el efecto práctico, especialmente económico, que en la forma jurídica elegida para alcanzarlo»,⁽¹⁶⁾ interés que la norma protege, por sí mismo y porque coincide con el de la comunidad.

2. Procedencia de la conversión en el derecho nacional

Dado que el Código Civil Argentino, como la mayoría de las legislaciones positivas, carece de norma expresa sobre la conversión, corresponde preguntarse sobre su procedencia según las disposiciones que regulan el negocio jurídico, siendo la condición subjetiva (voluntad hipotética) la que proporcionará la pauta del razonamiento. El interrogante se desplaza hacia el rol reconocido a la voluntad en la creación del acto jurídico y hacia las posibilidades que su interpretación abre al cambio del negocio originario.

a. Negocio jurídico e intención

Supuesto el discernimiento, la intención es el elemento interno decisivo del acto voluntario. Según un conocido texto de Freytas, consiste en el «discernimiento aplicado a un acto que se ha deliberado practicar»⁽¹⁷⁾, apreciando Aguiar que se trata de un conocimiento «estimulado por el deseo de su realización, encaminado consciente y voluntariamente al acto» donde el acento se pone en la noción clara del mismo y de sus efectos antes que en el deseo de obtenerlos.⁽¹⁸⁾ Pero predomina en la doctrina nacional la idea de que la *intención* es un *querer* «querer lo que se sabe»⁽¹⁹⁾ un «propósito de la voluntad en la realización de cada uno de los actos conscientes».⁽²⁰⁾ La intención puede confundirse, así entendida, con la *causa fin*, con el objeto del acto, «lo apetecido, en expresión de Alsina Atienza, y no otro efecto cualquiera».⁽²¹⁾

⁽¹⁴⁾ Betti, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 381. Para Betti no existe la relación instrumental que nosotros señalamos entre la interpretación integradora y la conversión, sino solo «estrecha afinidad».

⁽¹⁵⁾ Videla Escalada, *op. cit.*, II, 3 B, h) p. 93. Obsérvese que hablamos de *interpretación integradora* y no de integración del negocio. La diferencia puede verse en la misma obra que citamos, II, 3, b, H), para la primera, y 5), para la segunda. Véase también bibliografía citada en nota N° 27.

⁽¹⁶⁾ Von Thur, Andreas, *Derecho civil. Teoría general del derecho civil Alemán*, versión castellana (Buenos Aires, 1947), Vol. III, lib. III, Cap. II, parágrafo 56, V, p. 318. En este mismo sentido, Albaladejo, *op. y loc. cit.*, p. 21 y Spota, *op. y loc. cit.*, *passim*.

⁽¹⁷⁾ Citado in extenso en Spota, *op. y loc. cit.*, Soc. 31, Tit. I, Par. 2°, Nro. 1777, p. 59.

⁽¹⁸⁾ Aguiar, Henoch D., *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*, T. I.: *La voluntad jurídica* (Buenos Aires, 1950), Cap. III, 30, p. 73.

⁽¹⁹⁾ López Olaciregui, J. M., Notas a Salvat Raymundo M., *Tratado de derecho civil Argentino – Parte General* (Buenos Aires, 1964) T. I., Adición N° 1578 – B. p. 185.

⁽²⁰⁾ Llambías, Jorge, *Tratado de derecho civil*, Parte General (Buenos Aires, 1963) T. II, Secc. III, Cap. XII, par. 2A, N° 1379, p. 272.

⁽²¹⁾ Alsina Atienza, Dalmiro A., *Los hechos voluntarios. Concepto – Papel esencial de la voluntad* en J.A., 1955 – IV, Sección Doctrina, p. 62, párrafo 8, p. 63–64.

De todos modos, es evidente que el derecho argentino protege la *intención* del agente, porque atribuye efectos a la intención manifestada en la declaración (artículo 944, 1137, 1197, etc.). Es la norma la que quiere con el o los agentes del acto voluntario.⁽²²⁾ Se comprende, entonces, que si esta intención se ve frustrada, está en el *querer* de la norma que lo sea lo menos posible siempre que exista de donde asirse para hacerlo producir aunque solo sea efectos más restringidos: los requisitos de fondo y forma de otro negocio en el cual el acto no válido pueda transformarse.

Todo es consecuencia de que en nuestro derecho prima la voluntad real sobre la declarada y también fundamento de esta conclusión (artículo 900), que responde al esquema normativo del Código sobre la llamada *autonomía de la voluntad* (artículo. 1197 y 1198) y sobre los vicios de error, dolor o violencia (artículo. 923 a 943), sin que las excepciones produzcan otro resultado que confirmar la regla, señalando los límites que imponen los intereses superiores de la comunidad (artículo 21, en particular, artículo 953, en otro orden: artículo 929, 996, etc.).⁽²³⁾

Es cierto que nuestro régimen puede muy bien proporcionar un esquema de equilibrio entre las dos doctrinas que se disputan la preeminencia: la de la voluntad y la de la declaración, como lo entiende la más calificada doctrina,⁽²⁴⁾ pero admitiéndose que, si en algún sentido puede romperse el equilibrio, lo será en favor de la intención misma antes que sobre su indispensable manifestación.⁽²⁵⁾ En este sentido se pronuncia la jurisprudencia francesa y el mismo derecho germánico, que alguna vez se interpretó más bien en sentido contrario.⁽²⁶⁾

Con mayor razón en nuestro derecho, en homenaje a los textos citados y a aquellos que sobre la interpretación de los contratos consideraremos en el próximo apartado. Ni la atención reclamada sobre la «declaración de voluntad común» en el artículo 1137 al definir el contrato, ni la expresión usada en el nuevo artículo 1198, primer párrafo «lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender», autorizan a desviarse de esta posición que es armónica con el mencionado esquema legal del acto jurídico.

Pues bien, siendo decisiva la voluntad interna, corresponde admitir, repetimos, la posibilidad jurídica de reconocerle por lo menos un mínimo de eficacia cuando factores extraños al querer mismo le impidan satisfacer plenamente el fin buscado. No es otro el sentido de la conversión.

⁽²²⁾ «...en la *negotia juris* el principio de la autonomía de la voluntad tiene el alcance de una imputación genérica de efectos, pues la ley enlaza al querer del agente, los efectos inmediatamente perseguidos por él». Alsina Atienza, *op. y loc. cit.*

⁽²³⁾ Conf. Llambías, *op. y loc. cit.*, C, N° 1402, p. 288–289; Spota, *op. y loc. cit.*, Cap. II, par. 1°, b) Nros. 1805 a 1810, p. 134 y ss. Orgaz Alfredo. Hechos y Actos o negocios jurídicos (Buenos Aires 1963), II Par, 4 N° 33 y 34, p. 57. Véase el debate sostenido en las Primeras Jornadas de derecho civil (Santa Fe, 1963) sobre el tema *El requisito de la excusabilidad del error para la nulidad de los actos o negocios jurídicos* en Boletín del Instituto de derecho civil N° 5 (Santa Fe, 1967). p. 51 y sig.

⁽²⁴⁾ Spota, *op. y loc. cit.* últimamente, en particular Conclusiones, N° 1814, p. 211. En el mismo sentido: Masnatta, Héctor, *Interpretación de los contratos en la ley y la jurisprudencia argentina* en Boletín del Instituto de derecho civil, N° 1 (Santa Fe, 1959), IV, p. 18 y ss. en particular p. 20.

⁽²⁵⁾ «Desde luego, el querer interno debe exteriorizarse. La exteriorización es tan esencial como el contenido psicológico de ese querer, pero el papel de aquella no es otro que el de revelar lo querido por el agente» ... «y mientras que su preeminencia no traicione la fe pública... la brújula se vuelve siempre hacia el querer verdadero»: Alsina Atienza D., *Las críticas al papel esencial de la voluntad en los hechos jurídicos voluntarios* en J. A. 1955 – IV, p. 67 – Todo el trabajo y los párrafos citados, transcritos del N° 11, p. 69.

⁽²⁶⁾ *Idem.*

b. Interpretación de los negocios jurídicos⁽²⁷⁾

Hasta la reforma que ha entrado en vigencia el 1° de julio del corriente año, no existía norma expresa en el Código Civil sobre interpretación de los negocios jurídicos, por lo que debía recurrirse a aquellas disposiciones del mismo que permitían inferir una orientación al respecto y a las de aplicación supletoria incluidas en el Código de Comercio. Con estos elementos la doctrina y la jurisprudencia elaboraron un sistema coherente de reglas cuya utilidad subsiste aún ahora.

I. Interpretación de los contratos

Tomando de esta construcción las reglas que orientaban la interpretación de los contratos y que hacen a nuestro objeto, señalamos: a) *La buena fe*, delineada por el artículo 1198, según el cual los contratos obligaban no solo a lo que estaba formalmente expresado en ellos sino a todas las consecuencias que podían considerarse que hubieran sido virtualmente comprendidas, autorizándose así al intérprete a admitir los efectos que dimanaban razonablemente de la voluntad expresada⁽²⁸⁾; b) el artículo 218 del Código de Comercio, en sus párrafos: 1° «Habiendo ambigüedad en las palabras debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos» y 3°: «Las cláusulas susceptibles de dos sentidos del uno de los cuales resultaría la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero»; c) La importancia concedida a los fines prácticos perseguidos, según una fórmula de Danz que es compatible con la importancia decisiva que se reconoce a la voluntad interna: «Los contratos deben interpretarse de manera que las partes alcancen los fines económicos perseguidos, debiendo el juez colmar los vacíos, remediar los defectos de sus declaraciones de voluntad y determinar lo que ellos hayan omitido»⁽²⁹⁾; d) el interés del tráfico jurídico, comprometido en la eficacia contractual.

⁽²⁷⁾ Puede verse sobre interpretación de los contratos, anterior, por supuesto, a la reforma: Llambías, *op. y loc. cit.*, Sec. 3a, Cap. XIII, Parágrafo 6, p. 380 y sig.; De Gasperi, Luis y Morello, Augusto M., *Tratado de derecho civil, I, Teoría general de los hechos y actos jurídicos* (Buenos Aires, 1964), Cap. VIII, p. 133 y ss. Borda, Guillermo A. (con cuya posición inicial sobre el valor de la declaración no coincidimos totalmente): *Tratado de derecho civil Argentino. Parte General* 2ª Edic. (Buenos Aires, 1959), 3ª parte, Cap. XI, parágrafo 7, p. 120 y ss. e *Interpretación de los actos jurídicos* en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año V, Nros. 21 y 22 (Buenos Aires, setiembre-diciembre de 1950), p. 1175 y ss. Spota, *Tratado cit., T. cit.* Sección III, Tit. I. Cap. II, parágrafo 2, p. 251 y ss. Salvat, Raymundo, M., *Tratado de derecho civil Argentino «Fuentes de las obligaciones»* 2ª edic. con notas de Acuña Anzorena A. Buenos Aires (1954), T. I. 1ª parte, Cap. I VII Nros. 299 y ss. ag. 228 y ss. Mosset Iturraspe Cravin, Jorge, *Manual de derecho civil – Contratos*, Cap. C., VI, 1ª Sec. p. 343 y ss. Masnatta, *op. cit.*, en nota N° 24.

⁽²⁸⁾ Ver sobre este artículo, además de los autores que acabamos de citar: Risolía, Marco Aurelio, Soberanía y crisis del contrato (Buenos Aires 1946), 2ª Cap. III, parágrafo 7, p. 207 y ss. (Parece inclinarse hacia la mayor trascendencia de la declaración).

⁽²⁹⁾ Danz, E., La interpretación de los negocios jurídicos, edic. castellana. Madrid, 1955, p. 183. Cit. entre otros en Cám. Nac. de Ap. de Paz, Cap. Fed., Sala 3ª, Junio 27 de 1956 en J. A. 1957 – p. 193.

La jurisprudencia hizo uso unánime de estas reglas,⁽³⁰⁾ estructuradas alrededor de un eje: «el alma del contrato, lo que le da vida es la efectiva voluntad de los contratantes».⁽³¹⁾

La reforma reciente sustituye el texto citado del artículo 1198 por el siguiente: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión».⁽³²⁾

¿Obliga este texto a despojarse del resultado de los trabajos doctrinarios y jurisprudenciales que acabamos de sintetizar? La respuesta debe ser indudablemente negativa. El nuevo artículo 1198 (prescindiendo de lo importantísimo del resto de su redacción), es claro y consagra expresamente el principio de la *buena fe*, sin circunscribirlo a la descripción de una figura que resultaría forzosamente limitativa pero que queda incluida en aquél.

La doctrina y la jurisprudencia nos dan algo así como una interpretación anticipada del nuevo artículo 1198; *buena fe* es lealtad, rectitud, honradez, confianza recíproca⁽³³⁾, en ella caben el sustituido texto y el principio de la conservación del negocio del párrafo 3º del artículo 218 del Código de Comercio. En cuanto a la importancia concedida a la *común intención*, aparece subrayada con la referencia a lo que las partes «*verosímelmente* entendieron o pudieron entender», para cuya cabal comprensión se seguirá recurriendo más allá de las palabras y giros usados, a la conducta de los contratantes relativa al negocio y al fin práctico perseguido, siempre en el contexto del interés general. Al respecto explica Masnatta que la fórmula final del primer párrafo del nuevo artículo 1198 importa aceptar la denominada *base del negocio subjetivo* (Larenz) que Nipperdey describe como «determinadas representaciones mentales comunes a ambos contratantes, sin las que estos no habrían emitido sus declaraciones de voluntad o, al menos, no las habrían emitido tal como hicieron».⁽³⁴⁾

La interpretación integradora que permite arribar a la conversión del negocio jurídico da satisfacción a la exigencia de buena fe. ¿No está acaso el nuevo acto entre las consecuencias *virtualmente* comprendidas en él, según el derogado artículo 1198, en el

⁽³⁰⁾ Puede verse un resumen completo en E. D. Tomo 4 (Buenos Aires 1963), p. 401 y sentencias muy bien seleccionadas en Masnatta, *op. cit.*, V, p. 29 y ss. Posteriormente pueden citarse los siguientes fallos: sobre la aplicación del artículo 28 del C. de Comercio: Cám. Nac. Civ. Sala A, 26 de octubre de 1964 en J. A. 1964, VI, p. 575; Cám. Paz Cap. Fed., Sala 4ª, 12 de noviembre de 1964, en J. A. 1965 II, p. 23 y Cám. Civ. Cap. Fed. Sala D, 31 de diciembre de 1964 en J. A. 1965, II, 329; sobre la buena fe; Cám. C. Com. Cap. Fed. Sala B, 28 de diciembre de 1962 en J. A. 1964, VI, p. 133; Cám. Civ. Fed. Sala A, 5 de julio de 1963 en J. A. 1964, II, p. 212; Cám. Civ. Cap. Fed. Sala D, 18 de noviembre de 1963 en J. A. 1964, II, p. 450; sobre la importancia de la real común intención: Cám. Civ. Cap. Fed. Sala D, 19 de marzo de 1963 en J. A. 1964, II, p. 9, N° 127 y Cám. 1ª de Ap. en lo Civil y Com. de Mar del Plata, 19 de marzo de 1964 en J. A. 1964, VI, p. 10, Nros. 125 y 127; sobre interpretación que favorezca la validez del contrato o cláusula: Cám. Nac. Civ. Sala A, 5 de junio de 1963 en J. A. 1963, V, p. 217; Cám. Nac. Civ. Sala B, 25 de junio de 1963, en J. A. 1965, V, p. 625: «Débese aceptar aquel significado en cuya virtud tenga un sentido y pueda recibir aplicación, pues debe juzgarse que los contratantes no tienen interés en incluir en sus convenciones cláusulas inútiles»; sobre la necesidad de satisfacer los fines económicos perseguidos; Cám. Nac. Paz Sala III, 4 de setiembre de 1963 en L. L. Rep. 1964 (Ver Contratos N° 96).

⁽³¹⁾ Llambías, en Cám. Nac. Civ. Sala A, 28 de junio de 1960, en L. L. T. 99, p. 351. Borda en disidencia: «Comparto la opinión... de que la voluntad es el alma del contrato, pero pienso que esa voluntad solo puede ser apreciada a través del prisma de la declaración».

⁽³²⁾ A continuación de este párrafo introduce la llamada «teoría de la imprevisión».

⁽³³⁾ A la buena fe en los contratos hacen referencia todas las obras mencionadas en la nota N° 27. En especial Videla Escalada, *op. cit.* 3 b, B, p., 68 y sig.

⁽³⁴⁾ Citados por Masnatta, Héctor, «La excesiva onerosidad sobreviviente y el contrato. El nuevo artículo 1198 del Código Civil» en E. D. T. 23 (N° 1972, p. 1).

cual Salvat veía «la codificación de la buena fe»?.⁽³⁵⁾ Y la satisface justamente al asegurar a la voluntad negocial un mínimo de eficacia. Ya que el negocio no puede mantenerse y producir sus efectos normales, se favorece a la intención permitiéndole traducirse en una consecuencia concreta aunque más restringida que la originariamente buscada. Videla Escalada atribuye el párrafo 3° del artículo 218 del Código de Comercio la finalidad de «lograr que la convención produzca *alguna* consecuencia jurídica»⁽³⁶⁾ y según Spota, el acto debe ser interpretado siempre «de conformidad a su máximo significado útil».⁽³⁷⁾ La conversión es la única forma de conseguirlo si la voluntad negocial se ha materializado en un acto nulo. Con ello el fin práctico perseguido encuentra también modo de lograrse, parcialmente, es verdad, pero siempre mejor que aplicando al contrato primitivo la sanción de nulidad sin atenuaciones. Y, por fin, la comunidad se beneficia con la afirmación de la seguridad jurídica.

Sí, la conversión del contrato inválido está al servicio de la buena fe, de la lealtad con que las partes convinieron, entendiéndolo que lo hacían auténticamente, sabiendo que se vinculaban con el otro contratante, persiguiendo un fin, ignorando que el acto otorgado carecía de requisitos indispensables de validez.⁽³⁸⁾

II. Interpretación de los testamentos⁽³⁹⁾

La interpretación del testamento presenta matices distintos resultantes de las particulares características de la manifestación de voluntad que comporta: manifestación no recepticia, destinada a efectivizarse después de la muerte del testador. De allí el rigor formal, exigido para asegurar el respeto a la voluntad afectiva del disponente que va a conocerse a través de la declaración y de la cual recibe esta última su trascendencia. A tal conclusión que coloca la voluntad interna antes que su expresión no pueden substraerse ni aún quienes se deciden por la teoría de la declaración: «Aquí, por tanto, escribe Betti, el criterio directivo de la interpretación es el pensamiento del disponente, aunque no se halle adecuadamente expresado en la declaración, con tal que tenga en ella su apoyo, y pueda apreciarse por circunstancias exteriores perceptibles mediante deducciones dictadas por la común experiencia».⁽⁴⁰⁾

⁽³⁵⁾ Salvat, *op. cit. loc. cit.* Sobre que el artículo 1198 derogado incluía virtualmente el principio de la buena fe: Llambías, *op. cit. loc. cit.*, N° 1552, p. 382; Masnatta, *op. cit.* IV, 1 p. 22–23 y autores citados. En cuanto a la jurisprudencia, véase nota N° 30.

⁽³⁶⁾ Videla Escalada, *op. cit., loc. cit.*, g) p. 89. El subrayado es nuestro.

⁽³⁷⁾ Spota, *op. y loc. últimamente cit.*, p. 256. Ver también p. 258. «La regla (par. 3° del artículo 218 del C de Comercio) debe extenderse a otros supuestos tales como: a) que en caso de ambigüedad no puede una cláusula interpretarse como que las partes han hecho algo inútil e ilusorio, debe estarse por la utilidad de la cláusula, por la producción de efectos», Mosset Iturraspe, *op. cit. loc. cit.* p. 396 y jurisprudencia allí cit....

⁽³⁸⁾ Nos limitamos, finalmente, a sugerir dos líneas más de íntima relación entre interpretación y conversión de los contratos: su calificación y su integración, particularmente la primera, ya que la conversión supone un cambio de clasificación del negocio primitivo. Puede verse sobre ambos temas la cit. obra de Videla Escalada, II, Nros. 4 y 5, p. 95 y ss. Betti define la conversión como «una corrección de la calificación jurídica del negocio», *op. cit.*, Cap. VIII, N° 61, p. 61.

⁽³⁹⁾ Además de las referencias que se encuentran en los tratados de Sucesiones y siempre para el derecho nacional, pueden consultarse: De Gasperi–Morello, *op. cit.* Cap. VIII, N° 3, p. 171 y sig.; Spota, *op. cit.* Cap. II, parágrafo 2 N° 1824, p. 265 y sig.; Borda, *trabajo cit.* en Revista de Derecho y Ciencias Sociales, p. 1199 y sig.; Orgaz, *op. cit., loc. cit.* N° 33 b), p. 60 y 61; de Gásperi, Luis: *Diferencia entre la interpretación del Testamento y de los contratos* en *Juris*, 8, p. 391.

⁽⁴⁰⁾ Betti, *op. cit.*, Cap. V, N° 46, p. 268–Conf. Danz, *op. cit.* parágrafo 31, p. 351 y sig.

Las reglas que acabamos de recordar son también aplicables al servicio de la efectiva intención del testador, de la eficacia de su declaración, de la buena fe con que deben, en este caso, investigarse el sentido y alcance de las expresiones usadas en el documento y de los intereses superiores de la comunidad, comprometidos en el exacto cumplimiento de las disposiciones testamentarias.

La eficacia de la declaración, es decir, la regla correspondiente a la enunciada en el párrafo 3° del artículo 218 del Código de Comercio, configura el «favor testamenti», al que pueden remitirse los siguientes términos del BGB (artículo 1084): «La disposición ambigua se interpreta en el sentido de que tenga algún efecto, aunque no sea el que debió tener», siempre que se persiga al hacerlo la realización efectiva de la voluntad del testador y no el beneficio del heredero o legatario.⁽⁴¹⁾

Con idénticos alcances se puede incorporar la regla a nuestro sistema doctrinario y jurisprudencial: «cuando puedan asignarse dos sentidos posibles a una manda, debe preferirse el que mejor permita cumplir el fin querido o previsto por el causante».⁽⁴²⁾ Las críticas formuladas al principio del «favor testamenti» se justifican solo cuando se lo aplica en contra de la auténtica voluntad del testador,⁽⁴³⁾ pero no cuando se lo hace para asegurarle eficacia.

Pueden señalarse también algunas normas expresas del Código en materia de testamento que autorizan toda interpretación valorativa de la voluntad del testador, como la del artículo 3832, que permite anular la disposición fundada en una falsa causa.⁽⁴⁴⁾

La jurisprudencia, por su parte, se inclina sin excepciones por hacer cumplir la voluntad del disponente y comprometiendo un serio esfuerzo en alcanzar las soluciones más justas, penetra con agudeza el sentido finalista con que fueron redactadas. Destacamos solo dos casos relativamente recientes a título de ejemplos. En uno se discutió la validez de un testamento revocado por posterior matrimonio del testador. El caso entraba perfectamente en las previsiones del artículo 3826, quedando sin efecto los legados dispuestos a favor de hermanas del disponente. Sin embargo, y a pesar de la aparente simplicidad del asunto, el tribunal se abocó a penetrar en la voluntad del testador a través de los términos del documento (donde se expresaba que tales legados eran «plenamente conocidos» por la futura esposa quien manifestaba su conformidad) y de otros elementos de juicio, concluyendo con que el matrimonio no podría afectar la validez del testamento porque la decisión de contraerlo existía ya al momento de testar y la previsión de las próximas nupcias pesaba en el ánimo del testador. Incluso se declaró que los casos de revocación tácita provistos en los artículos 3826, 3828, 3833, 3836 y 3838 admitían la demostración de la «persistencia de la voluntad del testador» y que «la voluntad presumida de la ley debe ceder ante la voluntad real del mismo».⁽⁴⁵⁾

⁽⁴¹⁾ Kipp, Th., *Derecho de sucesiones* en Ennecerus, Kipp y Wolff, *Tratado de derecho civil*, T. V., 1° Tit. 1 Cap. II, IV, par. 18, p. 130–131.

⁽⁴²⁾ Laje, J. E., *Interpretación de las disposiciones testamentarias* en L. L. T. 100, p. 620 y sig., VIII, 12, p. 623.

⁽⁴³⁾ Como se desprende de los conceptos de Stolfi, G., en *Teoría del negocio jurídico*, ed. española (Madrid, 1959), Cap. XI, párrafo 65, p. 296.

⁽⁴⁴⁾ Recordado por Spota, *op. y loc.* últimamente cit., p. 265–266 y Laje, *op. cit.*, IX, 15, p. 624.

⁽⁴⁵⁾ Cám. Nac. Civ. Sala D, 27 de mayo de 1963 en L. L. T. 111, p. 487, con nota de Martínez Ruiz, R., *Revocación de testamento por ulterior matrimonio*. El comentarista cita nutrida y calificada doctrina en contra sobre el tema. Anteriores al caso cit.: Guaglianone, A. H., *Revocación del testamento por matrimonio ulterior del disponente* en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* N° 98–99 (Santa Fe, 1959), p. 321 y ss. y Díaz de Guijarro, E., *Revocación por subsiguiente matrimonio* en J. A. T. 48, p. 477.

En el segundo caso que nos interesa señalar, se consideraron válidos legados que contrariaban la prohibición para recibir por testamento que pesa sobre los parientes dentro del cuarto grado de los testigos del mismo (artículo 3664). El tribunal admitió que se probara la inexistencia de coacción sobre el ánimo del testador, es decir, admitió prueba en contrario a la tácita presunción de esa coacción que encierra el artículo, «a fin de evitar las soluciones injustas que, en definitiva, llevarían a contrariar la voluntad del causante».⁽⁴⁶⁾

En términos generales, la jurisprudencia argentina sostiene que los actos de última voluntad deben interpretarse en el sentido de dar cumplimiento a esa voluntad, buceada a través de todos los medios, no para *construir* el pensamiento del testador sino para descubrirlo fielmente, incluyendo en esta interpretación el fin económico perseguido.

Se entiende que solo así se arriba a la finalidad social, económica y de política docente que tuvo en miras el causante.⁽⁴⁷⁾

Por lo tanto, puede hablarse de interpretación integradora del testamento y si, con ella, se logra la conversión de una cláusula nula en otra válida, reconociéndosele un mínimo de eficacia, se habrá satisfecho la voluntad del testador, la recta intención con que testó y el interés general afectado por el no exacto cumplimiento de las disposiciones de última voluntad.

Si «la teoría de la conversión del acto jurídico inválido, ha escrito Llambías, desempeña un papel reducido en el ámbito contractual, por resultar incierto el querer de las partes en orden a la consecución de un fin jurídico diverso al que ellas se han primariamente propuesto, en cambio es muy proficua tratándose de fijar el definitivo alcance de actos unilaterales que como el testamento reciben toda su vida de la voluntad creadora del disponente de los bienes. Aquí sí, desde que esa voluntad se haya expresado por un medio formalmente idóneo para exteriorizarla, deberá ser acatada. Si alguna disposición particular tropieza con algún obstáculo legal, salvado el fin de la ley, habrá que mantener la validez de la disposición en su contenido residual. La conversión del acto jurídico nulo en su ser originario, habrá entonces venido a servir eficazmente el mismo propósito de la ley, que en una cierta medida funda en la voluntad del difunto la atribución de los bienes que la muerte deja sin titular. Y contra este designio legislativo, que se erige también en principal nevadura de todo el sistema sucesorio no pueden prevalecer arcaicos criterios de interpretación que por un apego exagerado a la letra de la ley, subestiman su espíritu y su finalidad, viniendo a traicionar de hecho la manifiesta voluntad del testador».⁽⁴⁸⁾ Para Bendersky, el principio que procura conservar en la mayor extensión posible el vigor de la actividad negocial es la «tesis prevalente en el testamento».⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁶⁾ Cám. Nac. Civ. II Cap. Fed. Sala E, 29 de junio de 1965 en J. A. 1965, VI. p. 299 con nota de Guastavino, E. P., *La prevención del fraude de los testigos testamentarios* y L. L. T. 120 p. 173 con nota de Acuña Anzorena, A., *¿Pueden validarse los legados hechos a parientes de uno de los testigos del testamento otorgado por acto público?*

⁽⁴⁷⁾ Cám. Civ. Cap. Fed. Sala B, 8 de agosto de 1960 en J. A. 1960 – V – p. 519 (en los fundamentos da cita a Danz, *op. y loc. cit.* p. 340) y L. L. T. 100 p. 620 con nota cit. de Laje. Véase también en lo pertinente Cám. Civ. y Com. de Rosario, Sala 21, 10 de mayo de 1966 en J. A. 1966 – VI (Sec. Provincias), p. 133.

⁽⁴⁸⁾ Llambías, Jorge J., «Preterición de heredero forzoso y nulidad de institución hereditaria», en J. A. 1953 – IV. p. 426.

⁽⁴⁹⁾ Bendersky, Mario J., «Ineficacia del negocio jurídico «mortis causa» por preterición de legitimarios», en L. L. T. 102, p. 560.

c. Otros fundamentos

La ley civil (porque a ella nos circunscribimos), prevé algunos casos muy aproximados a la conversión. Así, los llamados de *conversión formal* y algunos de *conversión legal*.

La *conversión formal* no es tal porque no determina la mutación del negocio. Solo se da un cambio en la forma pero sustancialmente el acto se mantiene el mismo.⁽⁵⁰⁾ Es el caso de las reglas de nuestros artículos 987 y 3670, según las cuales el instrumento público nulo por incompetencia del oficial público o defecto de forma vale como instrumento privado con el único requisito de la firma de las partes y el testamento cerrado que no pudiere valer como tal por falta de algunas solemnidades, es eficaz como testamento ológrafo si está escrito y firmado por el testador.⁽⁵¹⁾

En cuanto a la conversión legal, falta en ella la apelación a la voluntad de las partes, de la cual la ley prescinde e incluso contradice, disponiendo el cambio del negocio por su sola fuerza obligatoria.⁽⁵²⁾ Es el caso de nuestros artículos 515 (obligaciones civiles que se *convierten* en naturales), 1056 (actos anulados que producen efecto como hechos), 1185 (contratos para cuya conclusión se exige escritura pública pero que otorgados en instrumento privado tienen valor como convenios de otorgar aquella)⁽⁵³⁾, 2502 (contratos o disposiciones de última voluntad que pretendiendo constituir otros derechos reales distintos de los creados por la ley, valen como constitución de derechos personales)⁽⁵⁴⁾, 3722 (institución hereditaria de los pobres que vale como legado a los mismos).⁽⁵⁵⁾

El reconocimiento de hijo extramatrimonial por testamento revocado presenta un caso especial. En efecto, habiendo dispuesto el artículo 2° de la ley 14.367 que el reconocimiento es irrevocable aunque conste en testamento, podría hablarse de *conversión legal*, en cuanto aún en contra del querer del reconociente su manifestación conserva eficacia como reconocimiento siendo ineficaz como testamento; pero como el reconocimiento puede efectuarse por cualquier instrumento público o privado, podría también hablarse de una *conversión formal*: el negocio es el mismo, solo ha variado la forma, de reconocimiento en testamento (considerado solo en cuanto especie de instrumento) a reconocimiento en otro instrumento público o privado, aunque en este caso se tropieza con la falta de voluntad

⁽⁵⁰⁾ Sobre que la *conversión formal* no es auténtica conversión: Albaladejo, *op. cit.*, N° 9, p. 26; Mosco, *op. cit.*, *Il parte*, Cap. V, N° 70, p. 265–266 y Cap. VI, N° 89, p. 328 y sig.; Betti, *op. y loc. cit.*, p. 379 in fine. Cariotta Ferrara, *op. y loc. cit.*, p. 312–313; Coviello, N., *Doctrina general del derecho civil* (Méjico, 1949), Sec. IV Cap. X, N° 106, p. 369; Santoro Passarelli, *Istituzioni di Diritto Civile – Doctrina generali*, 3ª ed. (Nápoles, 1946) 1ª parte, Cap. IV, parágrafo 2, N° 53, p. 180; Stolfi, *op. cit.* p. 92–93, etc. Puede notarse en los autores citados que su posición con respecto a las tesis subjetiva u *objetiva* de la conversión, no influye en determinar distintas valoraciones de la *conversión formal*. No aparece tan clara la opinión de Von Thur, comentando el Código Civil Alemán: *op. y loc. cit.*, texto y nota N° 61 – de Los Mozos, *op. cit.*, Cap. I, N° 2, p. 19 y ss. y sus notas, en particular N° 71 y 72, expone distintas concepciones doctrinarias sintéticamente y se define en el sentido de que la *conversión formal* no es realmente conversión. Idem, Cap. IV, N° 27, p. 108. Como expresión del valor que el codificador argentino atribuye a la voluntad del testador, es ilustrativa la nota al artículo 3670.

⁽⁵¹⁾ Spota, *op. y loc. cit.*, sobre conversión, p. 755–756 no obstante los incluye como ejemplos; igualmente Llambías, en su trabajo citado en nota N° 47.

⁽⁵²⁾ Corf. Albaladejo, *op. y loc. cit.*, p. 26–27. Excluyendo la *conversión legal* en el sentido de nuestro texto: Cariotta Ferrara, *op. cit. loc. cit.* p. 313; Santoro Passarelli, *op. cit.* p. 179–180. Sobre conversión legal para quienes sustentan el criterio objetivo: de los Mozos, *op. cit.*, Cap. VI, N° 37, p. 135 y sig.

⁽⁵³⁾ Admitido por Llambías, *op. cit.* últimamente, p. 432, como conversión.

⁽⁵⁴⁾ Citado por Spota, *op. y loc. cit.* últimamente *cit.*, p. 755–756, como caso de conversión.

⁽⁵⁵⁾ El artículo 630 del Código Civil Italiano de 1942 tiene una redacción distinta sobre el legado a los pobres, que no permite asimilarlo a una conversión legal. Cariotta Ferrara cree, sin embargo, que entra dentro de esta figura: *op. cit. y loc. cit.* p. 313. Igualmente Santoro–Passarelli, *op. y loc. cit.*, p. 179.

del testador reconociente. Estimamos que ninguna de estas interpretaciones es aceptable porque la irrevocabilidad señalada es una de las proyecciones de la existencia propia e independiente del reconocimiento, que recibe especial tratamiento legal.⁽⁵⁶⁾

Ahora bien, aun cuando en estos casos no se trate de auténtica conversión del acto jurídico inválido, estándolo conceptualmente tan próximos, debe reconocerse que su expresa inclusión en los textos legales constituye un importante punto de apoyo para sustentar que aquella es familiar a nuestro ordenamiento.

Agréguense a las consideraciones que anteceden el fundamento último de la conversión: el *favor voluntatis* y la seguridad del tráfico jurídico y se verá que toma raíces en los *principios generales del Derecho*, susceptibles siempre de ser invocados en virtud del artículo 16 del Código Civil.⁽⁵⁷⁾ La reciente reforma vigoriza el argumento al poner el acento en los factores subjetivos, incluyendo la lesión subjetiva (nuevo artículo 954), la *teoría de la imprevisión* misma (citado artículo 1198) y, sobre todo, el Abuso del Derecho que se configura tanto por contrariar los fines que la ley tuvo en mira al protegerlo como por excederse en los límites impuestos por la *buena fe*, la moral y las buenas costumbres (nuevo artículo 1071).

3. Posibles aplicaciones de la conversión

a. Generalidades

La jurisprudencia argentina ha recurrido excepcionalmente a la doctrina de la conversión. Destacamos, por eso, un fallo reciente de la Cámara Nacional de Comercio Sala B.,⁽⁵⁸⁾ en que el camarista Dr. Isaac Halperín se apoyó en ella para resolver la conversión de una transacción nula por no haber sido presentada al juez de la causa (artículo 838 del Código Civil) en un reconocimiento. Invocó el concepto *objetivo* de De los Mozos⁽⁵⁹⁾ y expresó: «En defecto de la presentación judicial del acto, este no valdría ni tendría los efectos de una transacción (artículo 850 y ss. del Código Civil), pero en razón del principio del artículo 1197 del Código citado y en cuanto no se infrinja el artículo 953 del Código citado, no se me aparece razón legal alguna para quitar toda eficacia jurídica al acto jurídico en litigio, libremente ejecutado por las partes. Por el contrario, dándole el efecto de un contrato conforme al concepto del artículo 1137 del Código Civil, se asegura el fin práctico perseguido por las partes con ese acto jurídico, destinado a liquidar las consecuencias de la ejecución de un contrato anterior, ya que la formalidad del artículo 838 citado es principalmente en interés de las propias partes».⁽⁶⁰⁾

⁽⁵⁶⁾ Así, si el reconocimiento lo fue por testamento por acto público, producirá todos sus efectos sin que haya de esperarse a la muerte del testador incluyendo, por supuesto, el carácter retroactivo que se le reconoce, en virtud de la obligación que pesa sobre el escribano de remitir copia de los documentos respectivos a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, dentro del término de 10 días hábiles (artículo 39 del Decreto-Ley 3804/63). Para el caso de reconocimiento en testamento nulo, véase infra III, 2, b.

⁽⁵⁷⁾ En este sentido: Ferri, G. B., *Conversione dei negozi giuridici* en Nuevo *Digesto* Italiano, voz «conversione», para el Código Civil Italiano derogado en 1942, que no la preveía expresamente, pero según cuyo artículo 3° preliminar, se podía recurrir a los principios generales del derecho por vía de interpretación. También: de los Mozos, *op. cit.* Cap. III, N° 10, p. 84–85.

⁽⁵⁸⁾ Cám. Nac. Com. Sala B, 30 de noviembre de 1966, en L. L. T. 125, fallo N° 57.471.

⁽⁵⁹⁾ El miembro opinante citó la doctrina y jurisprudencia expuesta por de los Mozos, *op. cit.*, Cap. VI, N° 42, p. 152 y nota N° 414.

⁽⁶⁰⁾ Ninguno de los artículo cit. ha sido afectado por la Reforma.

b. Aplicaciones en materia testamentaria

Afirmando que la conversión puede ser de muy fecunda aplicación en materia de negocio jurídico bilateral, vamos a limitar nuestra ejemplificación a la materia de testamento, en la cual luce mejor el *favor voluntatis*.

I. Antecedentes

Pueden citarse algunos casos en el derecho romano, a saber el testamento nulo que puede valer como codicilo⁽⁶¹⁾, el testamento nulo *iure-civile* con eficacia *iure pretorio*, el legado de propiedad inválido confirmado como legado por *damnationem*,⁽⁶²⁾ el testamento común inválido que vale como testamento militar.⁽⁶³⁾ En la Edad Media se conoció la *cláusula codicilar*, que expresaba que si el testamento no pudiese valer como tal, se disponía valiera como codicilo, fideicomiso, donación *mortis causa* u otra forma conforme a derecho.⁽⁶⁴⁾ En el derecho español histórico, Vallet de Goytisolo cita los siguientes antecedentes: conversión de testamento sustancialmente nulo en codicilo; de institución de heredero en fideicomiso por voluntad de los herederos legales; de donación *mortis causa*, directa, de primer grado, nula por falta de aceptación, en legado; de donaciones *inter vivos* a donatario ausente, otorgadas sin intervención de nuncio o carta misiva, en legado, si revestían las solemnidades de los actos de última voluntad; de las donaciones *inter vivos* sustancialmente nulas confirmadas *mortis causa*.⁽⁶⁵⁾

II. Testamentos nulos con contenido válido como reconocimiento de hechos

Entrando ya en nuestro derecho, se presenta aquí un caso típico de conversión: el testamento nulo se convierte en un reconocimiento de hechos, lo que resulta de extraordinaria relevancia cuando el hecho del cual se trata es una generación fuera del matrimonio. Al respecto no puede plantearse ninguna dificultad dada la amplitud de las formas previstas por el artículo 2° de la ley 14.367. El testamento nulo que reúna la condición fundamental del instrumento privado, o sea la firma del testador reconociente, será un instrumento privado y el reconocimiento, válido.⁽⁶⁶⁾ Esto por supuesto si la nulidad del testamento resulta de vicio de forma. Si lo es por incapacidad del testador, habrá que determinar si era o no capaz para reconocer; si la ineficacia resulta de falta de discernimiento, el reconocimiento también será inválido; si, en fin, se trata de apreciar la influencia de alguno de los vicios de la voluntad, habrá que considerarlos en particular con respecto al reconocimiento mismo, sin perjuicio de que la violencia bajo la cual el testador hubiera testado arrastre

⁽⁶¹⁾ Cofr. de los Mozos, *op. cit.*, Cap. I, N° 3, p. 28 a 30.

⁽⁶²⁾ Cofr. Ennecerus-Nipperdey, *op. cit.*, *loc. cit.*, Nota N° 26, p. 371.

⁽⁶³⁾ Cofr. Mosco, *op. cit.* Cap. II, N° 25, p. 107-108 y sus citas en nota N° 31: se «trata del caso de un soldado que hubiera decidido testar en la forma del derecho común, pero que llegase a morir antes de perfeccionar el testamento, el cual es, por lo tanto, nulo... Ulpiano responde que nada demuestra que el soldado que ha querido testar en la forma del derecho común haya por esto renunciado al beneficio especial de la forma más simple admitida para los soldados, o que haya tenido un interés particular por la forma adoptada. Ulpiano admite por lo tanto la conversión del testamento común nulo en un testamento militar, sin exigir para nada que se dé una voluntad, así sea presunta, del testador hacia otra forma de testamento. El juriscónsulto se funda exclusivamente sobre los elementos objetivos del negocio y de estos deduce que no resulta una voluntad contraria a la conversión». La interpretación de Mosco aparece influenciada por su concepto de la conversión.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. de los Mozos, *op. cit.*, Cap. VI, N° 37, p. 136 y nota.

⁽⁶⁵⁾ Según versión de de los Mozos, *op. cit.* Cap. I, N° 5, p. 35-36.

⁽⁶⁶⁾ De acuerdo Borda, *Tratado, «Familia»* (Buenos Aires, 1962), T. II, 2ª parte, Cap. VII, párrafo 3, N° 692, p. 68.

en sus efectos también a aquel. Se confirma lo expuesto más arriba: el reconocimiento tiene su propia individualidad, su existencia independiente de las disposiciones de última voluntad y ha de juzgársele de acuerdo a sus particulares caracteres.⁽⁶⁷⁾

Pero, ¿se trataría en este caso de conversión o de nulidad parcial por las peculiaridades del contenido *reconocimiento*? Estimamos que de conversión porque del testamento como tal nada es eficaz: el negocio de contenido más general se transforma en otro menos amplio del cual reúne los requisitos de fondo y forma.

La jurisprudencia nacional ha aceptado también la validez de reconocimientos de hechos formulados en testamento revocados, por ejemplo en el caso resuelto por la Cámara Nacional Civil Sala E., en noviembre de 1962, en que se admitió un testamento en tales condiciones como prueba de la colaboración prestada por la concubina del testador, para justificar la existencia de una sociedad de hecho entre ambos. Se atribuyó a dicho reconocimiento el «alcance jurídico de una confesión extrajudicial», hecho contenido en el acto testamentario no necesariamente unido a las disposiciones de última voluntad que habían sido revocadas.⁽⁶⁸⁾ Pero es indiscutible que no existe conversión en este caso, pues la voluntad de revocar incluye también el reconocimiento del hecho en cuestión.

III. Institución de heredero nula, válida como legado

La Cámara Civil 1ª de la Capital, con agudo criterio, sancionó una verdadera conversión al admitir que una institución de heredero se transformara en legado a los pobres.⁽⁶⁹⁾ Tal institución resultaba de un legado de remanente, por aplicación del artículo 3720 y entonces, era nula, pues la determinación de los beneficiarios se dejaba a la libre elección de los albaceas, configurándose la situación sancionada con la nulidad por el artículo 3711. El Tribunal no hizo alusión a las posibilidades de resolver el problema mediante la teoría de la conversión, pero aludió a la necesidad de satisfacer la voluntad del testador y consideró la naturaleza de las personas favorecidas (asociaciones benéficas) para invocar el artículo 3722, en que la institución a los pobres se transforma en legado por la disposición legal.

IV. Casos en que no se configura la conversión

En la doctrina comparada se aceptan otros casos muy interesantes, que no pueden trasladarse a nuestro sistema. Así, el pacto sucesorio nulo que se convierte en testamento, caso muy comentado por los autores alemanes y posible en el régimen del BGB, que admite dichos pactos, contrariamente a lo que sucede entre nosotros,⁽⁷⁰⁾ y el testamento recíproco

⁽⁶⁷⁾ *Supra* II, 2, b).

⁽⁶⁸⁾ Cám. Nac. Civ. Cap. Federal, Sala E, 20 de noviembre de 1962 en LLT 109, p. 661. Guastavino critica el fallo, invocando el artículo 3788 del C. Civil y considerando que la conclusión es excesiva, ya que revocado el reconocimiento de la obligación, la declaración en el testamento revocado solo tiene el valor de un indicio. Guastavino, Elías P., *Pactos sobre herencia futura* (Buenos Aires, 1968), Cap. II, Sec. IV, N° 26, p. 55.

⁽⁶⁹⁾ Cám. Civ. 1ª de Cap. Federal, 4 de junio de 1941, en LLT 23, p. 147.

⁽⁷⁰⁾ Al menos genéricamente, la conversión tiene aquí un rasgo original: el negocio primitivo era bilateral, el nuevo, unilateral. Confr. Albaladejo, *op. cit.*, N° 6, p. 21 y 22 y Von Thur, *op. cit., loc. cit.*, p. 318: Ennecerus y Nipperdey, *op. cit. loc. cit.* p. 371 y nota N° 27; Cariotta Ferrara, *op. y loc. cit.*, p. 311; de los Mozos *op. y loc. cit.* Cap. VI, N° 42, p. 154 y nota N° 423; Mosco, *op. cit.*, Cap. V, N° 83, p. 305. La prohibición en nuestro Código resulta de distintas normas (artículo. 848, 1149, 1176, 1175, 3311, etc. y notas al artículo 3311 y 3312. Se admite la existencia de algunas excepciones. Confr. la exhaustiva obra de Guastavino citada en nota N° 67.

nulo que se convirtiera en testamento singular⁽⁷¹⁾, caso también jurídicamente imposible para el régimen argentino dada la prohibición establecida en el artículo 3618.

No consideramos que existe conversión cuando el negocio subsiste el mismo, con solo alteración de los plazos fijados para adecuarlos a una exigencia legal.⁽⁷²⁾ Sería el caso del legado con condición de no enajenar por más de diez años que se reduciría a este tiempo.⁽⁷³⁾ Tampoco hay conversión, ni aún legal, cuando la norma se limita a determinar la finalidad de la disposición testamentaria, como en el legado particularísimo al alma del testador (artículo 3722)⁽⁷⁴⁾, aunque es el heredero quien debe cumplirlo y podría decirse, con los términos del artículo 629 del Código Civil Italiano, que se convierte en una carga para él. Pero esta es la suerte de todo legado, la forma normal de su cumplimiento, no habiendo entonces ningún cambio del negocio originario. Un planteo similar puede presentarse en el legado de cosa ajena, no cierta, que el heredero habrá de cumplir como una carga.⁽⁷⁵⁾

Por último, ya no se necesita recurrir a la conversión para aplicar el artículo 3715 de manera equitativa y respetuosa de la voluntad del testador. El texto derogado por la reforma, determinaba la nulidad de la institución de heredero en testamento en el cual habían sido omitido alguno o todos los herederos forzosos, en línea recta, manteniéndose la eficacia de los legados. Entre las distintas soluciones propuestas al caso por el derecho histórico y comparado, el legislador había optado por hacer caer la institución pero no el testamento, sin prever el destino a darse a los bienes restantes una vez cubierta la legítima y cumplidas las mandas. Cuatro opciones podrían ofrecerse: a) el resto acrecía a los herederos forzosos, b) el heredero instituido lo recibía si era también heredero forzoso, o sea, la institución se convertía en cláusula de mejora; c) el heredero instituido recibía el resto siempre que no fuera heredero, es decir, la institución se convertía en legado, pero no podía convertirse en cláusula de mejora; y d) el heredero instituido recibía siempre el resto, como legado o como mejora. A la fecha de la reforma, la jurisprudencia se había ubicado decididamente en la última tesis, la más total de las tres que reconocían al menos un mínimo de eficacia a la voluntad del testador con respecto a la fallida institución y en las cuales podía aplicarse acertada y eficazmente la teoría de la conversión.⁽⁷⁶⁾ En su actual texto el artículo 3715 se limita a admitir la eficacia de la institución hereditaria, en caso de preterición de cualquier heredero forzoso, una vez salvada la legítima y cumplidos los legados.

⁽⁷¹⁾ Mosco, *op. y loc.* últimamente cit. y autores que menciona en notas N° 65 y 66, p. 316.

⁽⁷²⁾ Confr. de los Mozos, *Op. cit.*, Cap. VI, N° 39, p. 141–141 y autores por él cit.

⁽⁷³⁾ Borda, G., *Tratado. Sucesiones* (Buenos Aires, 1964), T. II, 3ª parte, Cap. XV, N° 1285, p. 204–205. Fornieles, S., *Tratado de las sucesiones*, 4ª edic. (Buenos Aires, 1958), T. II, Cap. VIII, N° 258, p. 224 y jurisprudencia por ellos citada.

⁽⁷⁴⁾ Se trata de una norma interpretativa. Cofr. Albaladejo, *op. cit.*, N° 9, p. 29. Estimamos que es también norma interpretativa la del artículo 3791 (legado a los parientes).

⁽⁷⁵⁾ Es el único caso en que el legado de cosa ajena es válido, según interpretación a contrario del artículo 3752 y nota del codificador y artículo 3756. El artículo 3754 tiene sustantividad propia. Confr. el artículo 651 del Código Civil Italiano (Betti menciona el caso como de conversión legal, *op. cit.* Cap. VIII, N° 61, p. 378) y el artículo 861 del Código Civil Español. En estas dos legislaciones el legado de cosa ajena es válido si el testador sabía que la cosa no era suya. Y se transforma en una carga que pesa sobre el obligado, por expresa disposición legal. No otro significado puede atribuírsele. Cofr. Gatti, N. E., voz *Legados* en Enciclopedia OMEBA T. XVII.

⁽⁷⁶⁾ Así lo sostuvieron Llambías y Bendersky en los trabajos citados en notas N° 47 y 48. La tesis marcada con la letra c) fue defendida por el último autor citado, invocando el artículo 3524. Hubo importantes opiniones en contra (Cám. Nac. Civ. Sala E, 22 de diciembre de 1960 en LLT 102, p. 421 y ED, T 2, p. 361). La evolución jurisprudencial sobre preterición puede verse en ED, T 2, p. 358. El último caso: Cám. Nac. Civ. Sala A., 4 de noviembre de 1966 en ED, T 16, p. 670 y J. A. 1967. II. Sec. Reseñas, p. 14, N° 118.