
**REVISTA
DE LA
FACULTAD
DE CIENCIAS
JURÍDICAS
Y SOCIALES**

Número Extraordinario

**Universidad
Nacional
de La Plata**

ANALES

DIRECTOR
JUAN CARLOS CORBETTA

**Declarado de interés académico por el Honorable Consejo Directivo
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata. Resolución 420/15**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Abog. Vicente Santos ATELA
Decano

Abog. Rita Marcela GAJATE
Vicedecana

Secretario de Asuntos Académicos: Abog. José ORLER

Secretario de Investigación: Dr. Adalberto Luis Busetto

Secretaria de Posgrado: Abog. Valeria HUENCHIMAN

Secretario de Extensión: Abog. Rodolfo BROOK

Secretario de Asuntos Estudiantiles: Abog. Martín MACHADO

Secretario de Económico Financiero: Cdor. Sebastián TORTORICE

Secretario de Relaciones Institucionales: Abog. Javier MOR ROIG

IV

ANALES

DIRECTOR

Prof. Juan Carlos CORBETTA

CONSEJO EDITORIAL

EDITORA: Lic. María Luciana ALI

ASISTENTES DE EDICIÓN: Abog. Silvina Laura SARTELLI
Abog. Juan H. GARCIA ZEBALLO
Fabián AMARILLO

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Juan Carlos CORBETTA

Abog. Rita M. GAJATE

Dr. Ricardo Sebastián PIANA

Lic. María Luciana ALI

CONSEJO HONORABLE EDITORIAL

Prof. Dr. Jorge Horacio ALTERINI (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Jorge Reinaldo VANOSSI (Prof. Extraordinario Honorario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Roberto Omar BERIZONCE (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Juan Carlos HITTERS (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

Prof. Dr. Roberto H. LAVIGNE (Prof. Extraordinario Emérito, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP)

CONSEJO CONSULTIVO EXTRAORDINARIO

Giorgio ALBERTI (Universidad de Bologna, Italia)

Pierre BIRNBAUM (Universidad Sorbonne, Francia)

Alessandro CAMPI (Universidad de Perugia, Italia)

Giusseppe DE VERGOTTINI (Universidad de Bologna, Italia)

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Universidad Complutense de Madrid, España)

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (Real Academia Española)

David HELD (London School of Economics, Inglaterra)

Antonio LA PERGOLA (Consejo de Europa, Francia)

Jerónimo MOLINA (Universidad de Murcia, España)

Ramón MONTERO (Universidad Autónoma de Madrid, España)

Dalmacio NEGRO PAVÓN (Real Academia de Ciencias Políticas, España)

Ada PELLEGRINI GRINOVER (Universidad de Sao Paulo, Brasil)

Francisco RUBIO LLORENTE (Universidad Complutense de Madrid, España)

INTRODUCCIÓN (*)

Con la sanción y promulgación de la ley nacional 26.994 comenzó a regir en la Nación Argentina un nuevo régimen para las relaciones de derecho privado, que derogando el Código Civil (Código Vélez Sarsfield) y el Código de Comercio (Código Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo), generó un nuevo Código unificado en materia Civil y Comercial.

Recientemente ha comenzado su vigencia, el pasado 1 de agosto de 2015, siendo que desde la Academia del Derecho se comenzó a estudiar, analizar y comprender la trascendencia del nuevo régimen jurídico con antelación a su implementación, y esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata no ha querido ser ajena a este desafío, haciendo su aporte de doctrina con este primer número extraordinario de su revista científica.

El nuevo Código mantiene los institutos esenciales de la legislación civil, pero ha avanzado en la orientación normativa de las nuevas realidades de la sociedad moderna, promoviendo una legislación que comprenda al individuo como ser libre, que respete su diversidad cultural (por ello se entiende como un Código pluricultural), y que proteja a los más débiles de las relaciones jurídicas (relaciones de consumo) —estos son los tres ejes fundamentales del nuevo sistema—.

También se ha avanzado en receptar explícitamente a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos como fuente del derecho civil y comercial, siendo ello de suma trascendencia por cuando se ha constitucionalizado todo el sistema de derecho civil, debiendo guardar coherencia y sistematicidad todas las normas, en un alineamiento de coherencia que se construye desde la constitución y el bloque de constitucionalidad (artículos 1, 2 y concordantes Código Civil y Comercial de la Nación, artículos 31, 75 inc. 22 y concordantes, Constitución Nacional).

Resulta novedoso para la legislación fonal que se imponga expresamente el deber de la magistratura de “resolver mediante una decisión razonablemente fundada”, imperativo de la jurisdicción de resolver el caso y además dando razón, y no cualquier razón, sino una motivación que a partir de una operación lógico-argumental resulte razonable en términos de derecho aplicable y de los principios y valores jurídicos (artículo 2 Código Civil y Comercial).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se desarrolla a partir de un sentido lógico, comenzando con un título preliminar, y luego con el comienzo de la persona humana, capacidad de hecho y restricciones a la capacidad, persona jurídica, obligaciones, contratos principios generales y contratos de consumo, contratos en particular, derechos reales y fin de la existencia de la persona por su muerte (sucesiones).

La nueva codificación se inserta aceptando una realidad de un creciente sistema jurídico caracterizado por la proliferación de leyes especiales, en el que la regla será la aplicación de la norma

(*) Vicente Santos ATELA, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (2014-2018), ex Vice Decano (2007-2010 y 2010-2014), ex Consejero Directivo (2004-2007, 2007-2010 y 2010-2014); Profesor Titular de Derecho Público Provincial y Municipal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); Profesor Adjunto de Derecho Constitucional II en la Escuela de Ciencias Económicas y Jurídicas (UNNOBA).

especial, luego el Código como principio general, y todo ello en una coherencia con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. Lo importante es que el Código define los grandes paradigmas del derecho privado a través de los principios que va estructurando el resto del ordenamiento, manteniendo las leyes especiales como resulta la legislación de salud mental, consumidores, títulos de crédito, letra de cambio-cheque y pagaré, sociedades, concursos y quiebras, etc.

Sin desconocer lo que se innova en materia civil en general, considero que uno de los mayores aciertos de la nueva legislación radica en dos aspectos esenciales de la vida de relación del individuo común. Por un lado, las relaciones de familia, receptando un régimen para las uniones afectivas de hecho, un régimen especial o diferenciado al de comunidad de bienes en el matrimonio, la posibilidad del divorcio vincular sin necesidad de acuerdo de partes y eliminando la existencia de causales, entre otros aspectos; y por el otro, reconocer una regulación general de los contratos de consumo (manteniendo la ley especial) que partiendo de los principios de la Constitución Nacional (artículo 42) entiende que el paradigma de los contratos en la modernidad pasan por contratos adhesivos y aquellos en que existe una restricción en la libertad de contratación por parte del consumidor, debiendo ser protegido en los desequilibrios de las relaciones económicas, en protección del más débil.

En síntesis, luego de varios intentos de modificación y/o unificación de la legislación civil y comercial en la última mitad de siglo, nos encontramos con su concreción y frente a una nueva realidad, transitando los primeros pasos de su aplicación e interpretación, siendo que desde esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata hacemos un aporte de doctrina a su comprensión y análisis.

La Plata, septiembre 11 de 2015

Abog. Vicente Santos ATELA
Decano

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Nacional de La Plata

SUMARIO

Reflexiones sobre la derogación del Código Civil (claudicación de la cultura) POR HÉCTOR NEGRI.....	1
Inconstitucionalidad del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación POR CARLOS A. MAYÓN.....	6
El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal POR ROBERTO O. BERIZONCE.....	29
El nombre y la adopción POR KARINA A. BIGLIARDI.....	40
Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho agrario, en los recursos naturales y en el derecho ambiental POR LEONARDO FABIO PASTORINO	46
Las escrituras públicas y las actas en el nuevo Código Civil y Comercial POR SEBASTIÁN JUSTO COSOLA.....	59
Articulación de las nulidades en el marco de las ineficacias negociales POR LUIS ALBERTO VALENTE	84
El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial POR EDUARDO G. ROVEDA	96
Formación del consentimiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Particular referencia al contrato preliminar, de opción, de preferencia y sujeto a conformidad POR EDUARDO ANDRÉS PÉREZ	109
El cuerpo humano, sus partes anatómicas y el cadáver como objeto de los actos jurídicos POR CARLOS ALBERTO ALBANO	119
Los plazos de la locación en el Código Civil y Comercial de la Nación POR LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ.....	128
La cesión de derechos, en el nuevo Código Civil y Comercial POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO	137
La nueva teoría general de los títulos valores. Aproximaciones POR ADALBERTO LUIS Busetto	152
Algunas notas sobre las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía POR MARÍA FLORENCIA FRANCHINI	162

VIII

La protección de las relaciones de poder y los vínculos entre el posesorio y el petitorio en el nuevo Código POR JUAN JOSÉ GUARDIOLA	173
Superficie POR PABLO MARÍA CORNA	194
Apreciaciones sobre el nuevo Código Civil y Comercial POR ROBERTO HORACIO LAVIGNE	203

Reflexiones sobre la derogación del Código Civil (claudicación de la cultura)

POR HÉCTOR NEGRI (*)

Sumario: I. La claudicación de la cultura. — II. Bibliografía.

I. La claudicación de la cultura

El Código Civil que redactara Dalmacio Vélez Sarsfield, que entrara en vigor en 1871 y que ha regido, durante más de un centenar de años la vida cotidiana de la República, ha sido derogado en su totalidad por la ley 26.994. No existe otra obra grandiosa que haya reflejado la presencia de nuestro país en el mundo del derecho. Una genial amalgama de textos históricos y de soluciones prácticas para que la vida civil se desarrollara en justicia y en paz. Este artículo comenta la innecesaria destrucción del último y más grande monumento de la cultura jurídica argentina.

En el pasado mes de octubre del año 2014 la ley 26.994 dispuso en su artículo 4: “*Deróganse el Código Civil, aprobado por la ley 340 (...)*”.

El texto continúa con otras referencias, otras sustituciones y otras permanencias: pero quisiera detenerme en esas primeras nueve palabras.

Breves, lapidarias, ellas significan la muerte (que en el plano legislativo recibe el nombre de derogación) del último y más grande monumento de la cultura jurídica argentina.

El Código Civil que redactara Dalmacio Vélez Sarsfield, que entrara en vigor en 1871 y que ha regido durante más de un centenar de años en nuestra República.

No existe otra obra grandiosa que haya reflejado ante el mundo la presencia argentina en el mundo del derecho.

Una genial amalgama de textos históricos y de soluciones prácticas para que la vida civil se desarrollara en justicia y en paz.

Su muerte merece al menos el duelo que proponen estas pocas reflexiones.

He usado deliberadamente para reunir las la palabra claudicación, porque creo que el sentido que el diccionario de la lengua recoge es el adecuado para designar este momento.

Claudicar quiere decir acabar por ceder a una presión o a una tentación.

Y efectivamente, la tentación de reformar ha hecho ceder a quienes debían ser responsables de su custodia, como patrimonio de una dimensión irrepetible.

Argentina ha perdido un inmenso caudal jurídico, que ya no se podrá dar más.

Acaso sólo hayan obrado con precipitación. Acaso desde el vértigo del poder político, no se hayan dado cuenta del efecto que de un modo directo e inmediato la derogación producía.

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Profesor Extraordinario Emérito de la UNLP. Ministro Decano de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

La ley humana no es la ley eterna. Es una construcción que resume la obvia fragilidad de lo finito.

Pero no es la obra de una voluntad momentánea.

En ella se recogen y reflejan años (muchas veces siglos) de esfuerzo cultural por definir la idea de derecho, ese bien común del que debe ser portadora.

Por eso, cualquier modificación (más cuando se trata como en este caso de un texto que regula la innumerable variedad de relaciones de la vida civil), debe estar guiada por una especial prudencia.

Esta es una enseñanza recuperada en la historia. Lo que subsiste en el tiempo ofrece al hombre seguridad, es decir, alienta uno de los fines valiosos de lo jurídico.

Un derecho apenas recién formulado no es todavía derecho. Es una incógnita abierta a interpretaciones diversas.

Sólo lo que se ha consolidado a lo largo de generaciones se vive realmente como su expresión válida.

Los juristas romanos lo desarrollaron partiendo de los modestos contenidos de las XII Tablas, procurando en todo momento enlazar las nuevas ideas con las formas antiguas.

El viejo *jus civile* de las leyes, el *jus honorarium* de los pretores y la obra de una ciencia evolucionada, adecuada a sociedades más complejas, quedaron entre sí ligadas cuidadosamente, constituyendo la unidad del *jus*, que hizo de Roma paradigma de la cultura del derecho.

Una reforma no puede ser nunca catastrófica. Cada destrucción es una impiedad, acaso explicable, pero nunca justificable.

La Escuela Histórica tuvo razón en este punto.

Esa permanencia de las normas que es en rigor la prevalencia de un orden de respeto que se modaliza empíricamente en ellas, está íntimamente vinculada a la contradicción con toda arbitrariedad.

En una existencia que es esencialmente insegura como la del hombre, la previsión jurídica se muestra en la estabilidad de sus disposiciones como un auspicioso remanso.

Lo que está fijado jurídicamente está fuera del alcance de decisiones circunstanciales y de caprichos momentáneos.

Se puede obrar conforme a derecho contando con él como una dimensión ya cierta.

El ser humano tiene la posibilidad de organizar aspectos importantes de su propia vida con la confianza que significa el hacerlo bajo la protección de normas que se saben estables.

La ley ata no sólo a los particulares sino al mismo legislador que la ha dictado.

El dictado de una ley es, simultáneamente, el anuncio de su permanencia. Ese es, precisamente, el sentido de la promulgación.

La tesis que ha vinculado la sociedad política a lo contractual, más allá de su carácter teórico, no ha dejado de señalar la correspondencia entre el contrato y la ley, como expresiones una y otra de una palabra empeñada que debe ser respetada como principio de buena fe.

Una ley, por esa misma gravitación que la historia tiene sobre ella, no significa sólo el desnudo texto de su contenido.

Esto es especialmente notable en orden al derogado Código Civil.

Hay toda una vasta tarea cultural construida en torno suyo.

La *lectura y aplicación* que de su texto hicieron jueces al dictar cada sentencia.

El *valor del precedente*, que asignaron a cada interpretación judicial, reconociendo un sentido normativo válido para ulteriores decisiones.

Y que fueron recubriendo al Código con significados que se consolidaron a lo largo del tiempo.

La *doctrina de los juristas* expresada en estudios, en revistas especializadas, comunicaciones en jornadas y congresos, ensayos, enriqueciendo con sus aportes la lectura de su texto.

Las clases en la facultad donde se explicaban sus artículos, se reflexionaba acerca de sus fundamentos, contenidos, promoviendo tesis, monografías, discusiones.

La sutil pedagogía de las preguntas y respuestas de examen.

La aplicación que hicieron de él los particulares, en sus contratos, en sus disposiciones testamentarias y en su comportamiento cotidiano.

Esa *eficacia* que brindan los hechos y que conforman la *costumbre jurídica* que acompaña y avala la vigencia de la legislación positiva.

El derecho comparado que lo aplicó *in totum* o que lo cotejó tantas veces con experiencias de otras regiones y países y que pudo mostrar desde su texto, el carácter universal que el derecho había recogido.

Y la ciencia del derecho que se constituyó sobre la base de todos estos aportes. Libros y tratados sobre la exégesis de cada una de sus disposiciones, la concordancia que revelaba su profunda ilación, o la construcción sistémica en orden a cada una de las instituciones que desde ellos se iba configurando.

Ciento cuarenta años de todo este trabajo cultural perdido.

O transformado, en el mejor de los casos, en la raíz enterrada de una ley nueva, a la que se le ha dado menos de un año para que pueda estudiársela, aplicarla y reconocerla.

Ciento cuarenta años de labor silenciosa y académica perdida.

Me acuerdo de Segovia, de Machado, de Llerena, de Salvat, de Lafaille, de Spota, de Busso... y de tantos otros cuya mención ocuparía varias páginas. De esos contenidos plenos de sabiduría que desde el código hoy derogado buscaban hurgar y descubrir las posibilidades que su texto ofrecía.

En el eco de las aulas de las facultades resonarán todavía por algún tiempo sus nombres y la perdida voz de los maestros que al citarlos enseñaban con ellos el valor cultural inmenso de la obra codificadora.

Cabe todavía una mención a las notas que acompañaron su estructura. Notas que ya no están y que sirvieron puntualmente para explicar el sentido de cada disposición, la fuente que Vélez Sarsfield había tomado para redactarla y sobre todas las cosas el ligamen del código, la amalgama profunda de su texto con el derecho romano, la legislación española, las doctrinas más fecundas.

Notas que fueron una de las expresiones más características de su legislación y que en su intensidad y solidez pudieron conformar con su mismo texto un tratado de derecho civil en el que se formaron varias generaciones de juristas.

El viejo código perdió el valor actual de sus notas. El nuevo no las tiene.

Hacia 1848 un controversial procurador prusiano, Julius Hermann von Kirchmann, intuyó con alegría que bastaban unas pocas palabras del legislador para que bibliotecas enteras de derecho quedaran inútiles.

Trataba así de mostrar lo endeble del derecho, su sumisión al poder político y la imposibilidad de construir en torno a sus expresiones empíricas una auténtica ciencia.

No es el caso encarar ahora una refutación de sus palabras que refieren un tema epistemológico vinculado a la constitución de la ciencia del derecho.

Pero sí puede señalarse que acaso en su alegría iconoclasta von Kirchmann no había reparado en el inmenso fracaso que se da cuando una sociedad parece incapacitada para responder a los problemas nuevos con la vieja, profunda y clásica sabiduría de un derecho estabilizado.

Que no logra hallar el modelo de una reforma parcial que modificando sólo algunos de sus artículos se incorpore a su contenido, respetando la sustancial unicidad de la obra.

Argentina lo pudo varias veces. Guillermo Borda consiguió hacerlo. Hoy la inteligencia no pudo encontrar el camino.

Nueve palabras de un legislador voluntarioso derogaron ciento cuarenta años de su cultura jurídica. La abrogación del Código Civil ha significado por ello, simultáneamente, la dilución de toda esa continuidad tan valiosa.

El Código Civil argentino ha sido sustituido por uno nuevo que incluye también parte de la legislación comercial.

No corresponde hacer una valoración que sería, por lo prematura, en todo sentido provisional.

Habrá que esperar otros ciento cuarenta años para ver cómo se entienden sus disposiciones, cómo se las aplica.

Alguno dicen que muchos de los artículos nuevos son un calco de los antiguos.

El argumento no vale: todos quienes hemos dedicado una parte importante de nuestras vidas al derecho sabemos que la breve variación de una palabra, el corrimiento de una coma, una numeración diversa, alteran el significado de una ley.

La reproducción del contenido de artículos del código no salva su eventual supervivencia.

Pero hay más aún.

Si la nueva legislación ha tratado de mantener espacios profundos de la vieja ¿cuál es su justificación? Derogar para mantener pareciera ser el ejercicio del sinsentido.

El argumento me recuerda al maravilloso y terrible cuento de Jorge Luis Borges sobre Pierre Menard, empeñándose en reescribir el Quijote.

Evoco uno de sus párrafos finales:

“(...) lo singular es la decisión que de ellas derivó Pierre Menard. Resolvió adelantarse a la vanidad que aguarda todas las fatigas del hombre; acometió una empresa complejísima y de antemano fútil. Dedicó sus escrúpulos y vigiliias a repetir en un idioma ajeno un libro preexistente” (Borges, 1944: 32).

Sí, la vanidad que aguarda: un libro preexistente en un idioma que le es ajeno.

En su discurso preliminar del Código Civil de los franceses, Jean Étienne Marie Portalis escribió:

“El derecho es la razón universal. La suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son o deben ser el derecho reducido a reglas positivas (...)” (Portalis, 1801).

Anunciaba de ese modo, a la faz de la tierra, la aparición de uno de los testimonios más notables de la cultura jurídica.

Y lo hacía ligándolo a extremos inabarcables: la razón universal, la naturaleza de las cosas, la ley portadora del derecho.

El Código Civil Argentino no necesitó de un discurso así. Él fue en su contenido, en sus notas, su propio extraordinario discurso.

El nuevo código que lo deroga y desplaza se presenta también con palabras preliminares por las que se trata de justificarla necesidad de la derogación con esta reflexión inicial:

“Estamos viviendo en el siglo XXI”.

Y esta inextricable frase final que *desplaza la naturaleza, la razón universal, la ley* y ese núcleo profundo del derecho desde el cual siempre se discernió el mal del bien, lo justo de lo injusto, lo lícito de lo ilícito:

“Libertad absoluta para todo”.

Sí, libertad para todo.

Es lamentablemente cierto.

Especialmente cuando se vuelve, como en este caso, un doloroso signo de claudicación de la cultura.

II. Bibliografía

BORGES, Jorge Luis (1944). *Pierre Menard, autor del Quijote*, En: *Ficciones*. Buenos Aires: Emecé Editores.

PORTALIS, Jean Étienne Marie (1801). *Discurso preliminar al Código Civil francés*.

KIRCHMANN, Julius Hermann von (1848). *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*. Conferencia pronunciada en la Juristische Gesellschaft zu Berlín.

Inconstitucionalidad del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

POR CARLOS A. MAYÓN (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Cuestionamientos constitucionales formales. El trámite legislativo. — III. Cuestionamientos constitucionales de fondo. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía.

I. Introducción

I.1. Autoría del proyecto

El proyecto original de reforma del Código Civil y Comercial fue elaborado por una comisión de juristas integrada por dos ministros de la Corte Suprema, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton, y la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.

Sin perjuicio de la reconocida autoridad académica de quienes participaron, creo que no resulta conveniente que una ley de esta trascendencia haya sido proyectada por jueces de la Corte Suprema, que en su momento tendrán que decidir sobre sus virtudes o defectos y, lo más grave, sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

Más aún cuando diversas circunstancias produjeron susceptibilidades que manchan el origen de una norma de tanta importancia.

Me refiero a que el Gobierno, habiéndolo tenido congelado durante un tiempo, decidió reimpulsar el proyecto de Código después del fallo de la Corte Suprema en torno a la constitucionalidad de la ley de medios.

Así comentaban los diarios “Clarín” (afectado por ese fallo) y “La Nación”. Este último decía: “A pocos días de conocido el fallo de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de la ley de medios, el oficialismo en el Congreso decidió retomar la semana próxima el tratamiento del nuevo Código Civil y Comercial, uno de cuyos principales impulsores es el presidente del tribunal, Ricardo Lorenzetti” (La Nación, 8 de noviembre de 2013).

Ello provocó que la diputada y ex profesora de Derecho Constitucional, Elisa Carrió, denunciara la existencia de un “pacto” entre Lorenzetti y el Gobierno: “es una nueva etapa —dijo— del pacto del Gobierno con Lorenzetti, quien según versiones ya tendría un contrato con la editorial Rubinzal Culzoni” (La Nación, 8 de noviembre de 2013).

La misma legisladora, más recientemente, dijo que “quienes asesoraron para esta reforma son el presidente y vice de la Corte, Lorenzetti y Highton de Nolasco, que van a ganar millones con las ediciones de los nuevos tomos del Código Civil” (La Nación, 1 de octubre de 2014).

Habría que recordar que, como decían los romanos, “la mujer del César no sólo debe ser honrada, sino también parecerlo”.

También resulta cuestionable que dicha comisión elaboró el proyecto consultando a un centenar de juristas, pero sólo a los del “*ámbito específico de (su) especialidad*”, resultando extraño, como decía

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Prof. Ordinario Titular de Historia Constitucional y de Derecho Constitucional. Director del Instituto de Derecho Constitucional y Político “Carlos Sánchez Viamonte”. Director de la Especialización en Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

Jorge Horacio Gentile, que entre los mismos no haya habido constitucionalistas (Ponencia del Profesor Diputado de la Nación (MC) Jorge Horacio Gentile ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación).

I.2. Fuentes

También se han criticado las fuentes que se tuvieron en cuenta.

El profesor Augusto Mallo Rivas (2012) decía que “la influencia del Código Civil fascista italiano llevó a que se hicieran lecturas del mismo en las que se señalaban sus méritos pero se omitían los excesos de su ideología. Por lo cual la científicidad del debate cambió de tono”. En igual sentido, el Dr. Jaime Luis Anaya (2012) señalaba que:

“El más severo reproche que se levantó contra esta legislación fue el influjo de la concepción política que la presidió y que se pone de manifiesto con la base corporativa que se antepuso al Códice y que se había establecido a través de la Carta del Trabajo. Ello se evidencia, al decir de Ferrara (hijo), en la aversión que sus textos tienen por las palabras “comercio” y “comerciante”. (...) El peso de la motivación ideológica conducía a esa supresión (...) para evitar connotaciones “propias de una economía capitalista”.

Es que el Código de Comercio, agrega coincidentemente Galgano, era tenido como una ley en favor de una clase social, incompatible con el fascismo (...) (Anaya, Jaime Luis, 2012).

I.3. Inconveniencia de la unificación

En cuanto a la conveniencia de la unificación del Derecho Civil con el Derecho Comercial, fue cuestionado por la doctrina comercialista. El Dr. Mallo Rivas (2012) decía que:

“La aguda crisis financiera mundial, y de la emergencia que se sostiene en la Argentina desde el año 2000, reclaman que el método legislativo se enderece hacia la modificación del Código de Comercio como un ente separado del Código Civil”.

Y agregaba:

“Está claro que la palabra unificación no resulta utilizada con propiedad cuando, como se trata también en este caso, el proceso de política legislativa significa la disolución del código de comercio dentro del código civil siguiendo criterios cuyos arbitrios no resultan claros y han dejado a modo de legislación complementaria lo que han sido partes fundamentales del código de comercio justo; por ejemplo: el derecho de la navegación y el derecho concursal”.

En definitiva, en su opinión: “La reforma proyectada incluye institutos referidos al crédito, pero de manera asistemática” (Mallo Rivas, 2012).

El Dr. Anaya (2012), por su parte, decía que:

“La unidad del derecho privado carece actualmente de interés. No puede alcanzarse sino en un plano formal y no se advierten razones que militen a favor de la conveniencia de propiciar la unificación con tal alcance. El derecho comparado nos demuestra que los países en los cuales se abandonó la distinción, volvieron a reconocerla de alguna manera. No puede hacerse del propósito unificador una bandera para satisfacción del espíritu de simetría, ni menos aún el objeto de una predilección intelectual”.

II. Cuestionamientos constitucionales formales. El trámite legislativo

II.1. Vicios en el trámite legislativo

En mi opinión, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por ley 26.994, merece objeciones constitucionales graves, tanto en lo formal como en su contenido.

Desde el punto de vista formal, su aprobación violó el procedimiento legislativo establecido en los reglamentos de ambas Cámaras del Congreso (1).

Debe recordarse que los reglamentos de las Cámaras no son un simple capricho de las mismas, sino que la Constitución Nacional expresamente los menciona: el artículo 66 dice que “cada Cámara hará su reglamento”, y el artículo 75, inc. 32, faculta al Congreso para “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”.

Esos reglamentos, que en su momento han sido dictados por cada una de las Cámaras, deben ser cumplidos hasta tanto la misma Cámara lo modifique. Son las reglas de juego del funcionamiento del Poder Legislativo y, por lo tanto, del régimen republicano. Incumplirlos, determina la inconstitucionalidad de la norma que se trata. Y esto es lo que ocurrió con el Código Civil y Comercial de la Nación.

En tal sentido, la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, en su declaración de diciembre de 2014, tomó como suya la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 11 de diciembre de 2014, en la que se fundamentaba la inconstitucionalidad de los actos procesales que dieron lugar a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial. En sus conclusiones esa declaración recuerda que:

“El manifiesto quebrantamiento de las normas y principios constitucionales previsto para la sanción de una ley vicia su legitimidad de origen y pone gravemente en duda su validez como norma que integra nuestro sistema jurídico. A ello se añade, en un plano distinto, la falta de un auténtico y profundo debate sobre su contenido” (Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2014).

II.2. Leyes exprés

Nuevamente volvió a utilizarse para el Código Civil y Comercial de la Nación el inconstitucional “trámite exprés”, consistente en votar a libro cerrado, y con extrema rapidez, proyectos que envía el Poder Ejecutivo.

Ese procedimiento es violatorio de la esencia del Poder Legislativo, por cuanto éste tiene como una de sus características esenciales el debate entre las opiniones de todos los representantes del pueblo de la Nación y de las provincias.

Se dice que, en estos casos, el debate en el Congreso se ha suplido con el que se realiza en otros ámbitos, remitiéndose los proyectos a universidades, ONG, etc.

Creo que ese criterio es inaceptable, y que ninguno de tales trámites y “consultas” pueden suplir el amplio debate en el Congreso que exigen la Constitución y los reglamentos de ambas Cámaras.

No se debe olvidar el origen del Congreso en el Parlamento, y que esta palabra deriva del francés “parler”, es decir “hablar”: un Poder Legislativo en el que no se habla, olvida una de sus funciones esenciales.

El debate en ambas Cámaras del Congreso no puede suplirse con esas “consultas” por más saludables que sean como “complemento” para ilustrar a los legisladores.

El periodista Carlos Pagni escribía en noviembre de 2013:

“El texto es un misterio aun para muchos de sus auspiciantes. Porque la propuesta del Poder Ejecutivo, más que el destilado de un debate entre juristas, es el resultado de las fluctuantes relaciones de

(1) Lamentablemente, no es la primera vez que esto ocurre en los últimos tiempos, y se ha hecho costumbre sostener que el no cumplimiento de esos procedimientos carece de trascendencia.

la Presidenta con la Corte y con la Curia.” “La premura es más llamativa porque casi nadie conoce la redacción definitiva de lo que se pretende aprobar. Los mismos representantes del oficialismo aplaudirán hoy el texto a ciegas” (La Nación, 14 de noviembre de 2013).

Otro periodista agregaba:

“Los legisladores no pudieron conocer con anticipación el texto de la Comisión Bicameral”. (...) “Sin posibilidad de acceder al contenido del anteproyecto de dictamen elaborado por el kirchnerismo, que recién fue entregado ayer, la oposición centró sus críticas en el apuro del oficialismo por acelerar la sanción antes de fin de año, al menos en una de las cámaras parlamentarias, de la reforma del Código Civil y su unificación con el Comercial (...)”.

El senador Ernesto Sanz pidió a los legisladores oficialistas el tiempo necesario para “analizar profundamente” el texto. También la diputada Graciela Camaño reclamó “el tiempo necesario para poder analizar todas las modificaciones introducidas por la Casa Rosada” (La Nación, 15 de noviembre de 2013).

El profesor Gentile decía:

“El debate en general se pronostica inútil, por la falta de voluntad política del gobierno de llevarlo a cabo; y en particular se espera que sea breve e insuficiente, y ninguna o muy pocas modificaciones se aprobarán. Ello nos permitirá reafirmar que la sanción será a ‘libro casi cerrado’ —como propuso la presidenta cuando recordó a Napoleón— todo lo cual me obliga a aconsejar que el proyecto de nuevo Código, si llega como está redactado al plenario de las Cámara, debe ser rechazado por el Congreso” (Ponencia del Profesor Diputado de la Nación (MC) Jorge Horacio Gentile ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación).

II.3. Falta de tratamiento en las comisiones

El Reglamento de la Cámara de Diputados es muy claro en cuanto al carácter esencial del análisis en las comisiones. Dice el Capítulo XI. “De la tramitación de los proyectos”. “Artículo 122: Cuando el Poder Ejecutivo presentare algún proyecto, será anunciado y pasará sin más trámite a la Comisión respectiva. Lo mismo se observará con las sanciones procedentes del Senado”.

Si bien el citado Reglamento permite obviar el tratamiento en comisión por el procedimiento “sobre tablas”, para ello requiere “las dos terceras partes de los votos emitidos”(2). En el caso en análisis, este procedimiento no se cumplió, pues no se reunían “las dos terceras partes de los votos emitidos”. Por lo tanto, era imprescindible su pase a comisión.

Además, los proyectos deben pasar “por dos discusiones, la primera en general y la segunda en particular”, según el Reglamento de la Cámara de Diputados. Dice el artículo 144: “Todo proyecto o asunto que deba ser considerado por la Cámara, pasará por dos discusiones, la primera en general y la segunda en particular”. Los artículos 145 y 146 complementan ese requisito del procedimiento legislativo (3). En el caso del tratamiento del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el proyecto directamente no pasó por dichas comisiones, ni por el doble tratamiento.

(2) Artículo 134. Las mociones de sobre tablas únicamente podrán formularse dentro de los turnos fijados por el artículo 168 —salvo las previstas en el artículo 210—, serán consideradas en el orden en que se propongan, y requerirán para su aprobación las dos terceras partes de los votos emitidos.

(3) Artículo 145. La discusión en general tendrá por objeto la idea fundamental del asunto considerado en conjunto. Artículo 146. La discusión en particular tendrá por objeto cada uno de los distintos artículos o períodos del proyecto pendiente.

En definitiva, se obvió el análisis de las comisiones de la Cámara de Diputados. Y con ello se pasó por alto el trabajo más fecundo del Congreso, que es el que se produce en las comisiones permanentes que deben estudiar los proyectos de ley (4).

En síntesis, como dijera la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas:

“El debido proceso legislativo requiere, de forma necesaria, este previo trabajo de comisión, ya que es el único modo en que se permite votar en el recinto con un asesoramiento experto en razón de la materia. La ausencia de dictamen de comisión hace que el debate en el recinto sea llevado a cabo “a ciegas”, de un modo no-razonado, tal como si un juez debiera dictar sentencia sin contar con la asistencia de peritos. La mejor prueba de ello es que, tal como lo han reflejado los medios periodísticos, muchos diputados que aprobaron la ley no sabían en realidad qué es lo que estaban votando” (Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2014).

II.4. La Comisión Bicameral

El proyecto de ley 57-E-2012 remitido por el Poder Ejecutivo establecía el modo como habría de llevarse a cabo el trámite legislativo: debatirse en el seno de una “Comisión Bicameral” ad hoc.

Cumpliendo con tal pedido, el Congreso dispuso la creación de la Comisión Bicameral, por la resolución de ambas Cámaras de fecha 4 de julio de 2012. En la misma se estableció que “la Comisión Bicameral tendría por objeto la redacción del proyecto de ley correspondiente y la elaboración del despacho previo a su tratamiento legislativo”. Es decir que, cuando se expidiera la Comisión Bicameral, **se seguiría el trámite reglamentario a través de las comisiones permanentes.**

En el debate del 4 de julio de 2012, en la Cámara de Diputados, el diputado Comi señaló que el proyecto debía girarse a las comisiones permanentes de cada cámara para luego poder ser tratado en el recinto. Expresó que para que tuviera validez legal la actuación de la Bicameral, después de su despacho “debería haber un plenario de comisiones de este cuerpo”, y por intermedio de la Secretaría Parlamentaria se decidiría cuáles serían las comisiones de la Cámara que deberían intervenir. Aclaró también que “se debería escuchar a las partes en audiencias, en comisiones y en el plenario de las comisiones; luego vendría al recinto”. Y agregaba que era necesario utilizar el sentido común, “respetando el reglamento al menos convocando a un plenario de comisiones posterior al trabajo de la Comisión Bicameral”.

Por su parte, la miembro informante por la mayoría, diputada Diana Conti, aclaró que “El proyecto (...) no puede obviar la consideración por la Cámara de origen —el Senado— y luego por la revisora. **En ningún lugar se dice que lo que dictamine esta Comisión no puede ser girado por el Senado y por Diputados a las comisiones pertinentes**”.

Otro miembro del bloque mayoritario, el diputado Cigona, recordó que había dos alternativas: o se giraba el despacho de la Comisión Bicameral a las comisiones permanentes con competencia sobre la materia, o tratar el proyecto “sobre tablas”, de conformidad con el artículo 147 del Reglamento de la Cámara de Diputados.

En estas condiciones, el proyecto de resolución fue sometido a consideración por la Cámara y luego aprobado.

Lo cierto es que el tratamiento previo por la Comisión Bicameral, aprobado por la resolución del 4 de julio de 2012, no podía tener la virtud de eludir la intervención de las comisiones permanentes. El propósito fue el de crear una instancia más de participación, no el de suprimir instancias de debate. Así quedó claro en las expresiones de los legisladores del bloque mayoritario.

(4) Si bien este trabajo en las comisiones es menos “vistoso”, y generalmente no se transmite por televisión, por lo que a muchos políticos no les interesa demasiado porque no les aporta futuros votantes, y hasta suelen faltar a las correspondientes reuniones, no es menos cierto que es la etapa en la que se visualiza el verdadero trabajo de los legisladores.

El problema es que más adelante **no se siguió ninguno de esos procedimientos**, pues no se remitió a las comisiones permanentes pertinentes, ni se trató sobre tablas, pues para esto último se habría necesitado las dos terceras partes de los votos emitidos (5), voluntad que no era posible lograr.

II.5. Trámite en la Cámara de Diputados

Pero ocurrió que no se cumplió ni con lo que había resuelto la Comisión Bicameral ni con el Reglamento de la Cámara: el 17 de diciembre de 2013 el proyecto con media sanción del Senado ingresó a la Cámara de Diputados. A partir de ese momento, no fue girado a ninguna de las comisiones asesoras permanentes, tal como lo establece el reglamento de la Cámara en sus artículos 122 y 147.

Por otra parte, la Comisión Bicameral funcionó en el período que va desde julio de 2012 hasta el 21 de noviembre de 2013, por lo que fue integrada por diputados que tenían mandato durante ese período, pero que había vencido al momento del tratamiento y no pudo ser integrada por quienes se incorporaron a la Cámara el 10 de diciembre 2013. Es por esta razón que, desde un punto de vista reglamentario, el dictamen emitido por la Comisión Bicameral caducó en la medida en que se produjo la renovación ordinaria de los miembros de las comisiones (6).

Además, el Reglamento de la Cámara de Diputados en su Capítulo XI, “De la tramitación de los proyectos”, artículo 122 dice: “Cuando el Poder Ejecutivo presentare algún proyecto, será anunciado y pasará sin más trámite a la Comisión respectiva. Lo mismo se observará con las sanciones procedentes del Senado”.

Sin embargo, el proyecto aprobado por el Senado fue únicamente girado a la comisión de Labor Parlamentaria de la Cámara que, según el artículo 59 del Reglamento, sólo tiene funciones administrativas y procedimentales, y no tiene competencia para dictaminar desde un punto de vista sustancial en los términos de los artículos 122 y 147.

De esta forma, con el trámite dado al proyecto se impidió que los diputados pudieran participar en comisión en la revisión del texto definitivo aprobado en el Senado.

Lo cierto es que el 24 de septiembre de 2014 apareció el Orden del Día n° 829, sin dictamen alguno, sin establecer cuándo comenzaba y cuándo vencía el plazo de siete días hábiles para efectuar las observaciones, tal como establece el artículo 113 del Reglamento (7).

Resulta evidente que, sin tales requisitos, era imposible tratar el proyecto en el recinto.

Sin embargo, sin que el proyecto contara con dictamen de las comisiones asesoras permanentes, y sin una publicación válida del Orden del Día, se dio inicio a la sesión especial del 1 de octubre de 2014.

(5) Artículo 147 del Reglamento: Ningún asunto podrá ser tratado sin despacho de Comisión, a no mediar resolución adoptada por las dos terceras partes de los votos emitidos, sea que se formule moción de sobre tablas o de preferencia.

(6) Dice el Reglamento de la Cámara: Artículo 111, 4° párrafo: “Los despachos formulados por las Comisiones de que se haya dado cuenta a la Cámara, se mantendrán en vigor mientras no se retiren o modifiquen en la forma prevista por este Reglamento, hasta la renovación ordinaria de los miembros de las Comisiones, o no hubieren caducado en virtud de lo dispuesto por la ley 13640” (Ley Olmedo, del 8-IX-1949). El citado artículo 111, en su 5° párrafo establece una única excepción: Exceptuáse de la caducidad prevista en el párrafo anterior como consecuencia de la renovación parcial de la H. Cámara, a los dictámenes de la Comisión de Juicio Político que cuenten con Orden del Día, los cuales permanecerán vigentes y en condiciones de ser considerados en el recinto durante un período legislativo más.

(7) Artículo 113: Producidos los dictámenes de las comisiones serán impresos, numerándolos correlativamente en el orden de su presentación a la Secretaría. Una vez impresos, se los distribuirá en la forma prevista en el artículo 50, inciso 5°, se pondrán a disposición de la prensa y quedarán en observación durante siete días hábiles. La Cámara no considerará ninguna propuesta de modificación que no haya sido depositada en la Secretaría dentro de este término, salvo su aceptación por la Comisión respectiva antes de la consideración del despacho por la Cámara o pronunciamiento expreso de la misma por los dos tercios de los votos emitidos, debiendo su autor, en este caso, limitarse a leerla y procediéndose, sin debate, a determinar si ella se considera o no por la Cámara. Los dictámenes de Comisión en discrepancia con el que fuere aprobado en general y las disidencias parciales tendrán, en el debate en particular, el tratamiento de las observaciones formuladas en término; y los diputados que los sostengan podrán, en el curso del mismo, hacer las propuestas pertinentes.

El diputado opositor Pinedo intentó salvar la legalidad y constitucionalidad de la sesión solicitando se someta a votación una moción de orden a fin de que el cuerpo legislativo establezca si se encontraban dadas las condiciones para votar el proyecto “sobre tablas”, es decir, sin el debido despacho de comisión. Fue secundado en dicha moción por los diputados, también opositores, Negri, Giubergia y Asseff.

Al mismo tiempo, el diputado Pinedo solicitó que todas las intervenciones de los diputados planteando irregularidades en el trámite legislativo “pasen a la Comisión de Asuntos Constitucionales, a fin de que sean consideradas como cuestión de privilegio”.

Frente a ello, y ante la insistencia del diputado Negri para que se votara la moción de orden planteada por Pinedo, el presidente de la cámara, diputado Julián Domínguez, se rehusó a someter las cuestiones a votación. Entonces la oposición abandonó el recinto y el oficialismo avanzó con la aprobación.

“Nos quieren llevar mediante la ilegalidad a aprobar la ley de fondo más trascendente de los últimos 100 años —exclamó el jefe del bloque radical, Mario Negri—. No lo vamos a consentir. ¡Violaron el reglamento, construyeron órdenes del día “truchas” y les importó un comino el consenso para el Código Civil!” (La Nación, 02 de octubre de 2014).

En definitiva, resultó evidente que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado sin el análisis que exige el Reglamento, y que la falta de debate hizo que no pudiera analizarse el proyecto por los diputados. Incluso, alguno de los que votó por la aprobación, reconoció que no sabía qué era lo que se votaba (8).

Tan escandaloso resultó el procedimiento usado que la oposición recurrió a la Justicia para frenar el nuevo Código.

Elisa Carrió, de la Coalición Cívica, presentó junto al diputado Fernando Sánchez un recurso de amparo para impedir que se realice la sesión. “El trámite es absolutamente ilegal —dijo— porque viola el principio de formación y sanción de las leyes establecido en la Constitución”.

A su vez, la diputada Patricia Bullrich, agregó: “La mitad de los legisladores que la componen no tiene ninguna noción de lo que se pretende sancionar. Al cambiar la composición de la Cámara, caen los dictámenes”. Y el diputado Federico Pinedo sostuvo que “es absurdo pretender que se apruebe un proyecto sobre la base del análisis que hicieron quienes ya no ocupan una banca en la Cámara baja porque venció su mandato”.

El diputado Ricardo Buryaile recordó que “esto no es una disputa entre el oficialismo y la oposición. Es una cuestión de responsabilidad o irresponsabilidad. No se puede cambiar una tradición de 150 años en un día” (La Nación, 30 de septiembre de 2014).

Pese a todo, el proyecto de ley fue sancionado por la cámara, y luego promulgado y publicado en el Boletín Oficial por el Poder Ejecutivo con fecha 8 de octubre de 2014 con el número de ley 26.994.

II.6. Opiniones académicas y de universidades

Una reforma de tanta trascendencia debió haber sido consultada con las academias y la comunidad jurídica antes de su debate.

Pero no fue así, pese al expreso reclamo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que pidió que el proyecto se debatiera con seriedad.

En efecto: cuando se inició este proceso reformador, la citada Academia expresó su “profunda preocupación y disconformidad” por el procedimiento mediante el cual el Gobierno intentaba modificar

(8) Así ocurrió con la diputada Ramona Pucheta, que en un reportaje por radio reconoció que votó en favor del nuevo Código sin saber cuándo entraría en vigencia (La Nación, 02 de octubre de 2014).

el Código Civil y Comercial y juzgó “apresurado” el método de tratamiento. “Es inadmisibles que una tarea de tanta importancia, y que se proyecta sobre la vida cotidiana de las personas, se encuentre sujeta a plazos predeterminados sin respetar los tiempos congresuales que requiere la prudencia jurídica para permitir un análisis y debate serio y exhaustivo, acorde con la envergadura de la materia que se pretende regular”.

La Academia reclamó, además, dar al proyecto “una difusión amplia, y fomentar la concreción de los debates jurídicos y sociales que aporten esclarecimiento y elementos de juicio útiles” para los legisladores.

“Esta Academia no comparte, por lo tanto, que en estas condiciones se propicie alterar instituciones fundamentales contenidas en estos Códigos, que en muchos casos están arraigadas profundamente en los valores y la cultura de la población” (La Nación, 02 de agosto de 2012).

Posteriormente, producida ya la aprobación de la reforma, la citada Academia puso de resalto que:

“Cualquier acto que, como la violación grosera y manifiesta de las normas reglamentarias de la cámara de Diputados, implique la exclusión arbitraria o haga imposible la intervención de un legislador en el trámite de una ley, atenta contra su derecho personal y constitucional a emitir opinión y, por tanto, es contrario a la Constitución Nacional y debe ser así declarado por los jueces, sobre todo cuando es fácil colegir que la imposibilidad de participación de un representante del pueblo deja a dicho pueblo sin representación suficiente y constitucional, siendo que el principio de soberanía del pueblo debe prevalecer sobre otros derechos, tal como lo prevé la propia Constitución en su artículo 33” (Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 11 de diciembre de 2014).

Tampoco se consultó a las universidades. Jorge Horacio Gentile (2012) señalaba que:

“No se ha consultado a la Universidad Nacional de Córdoba ni a la facultad de Derecho, ni a los institutos de derecho civil de ninguna universidad del país, ni a las academias de derecho de todo el país. Incluso, en función de esta modalidad no se ha consultado a ningún diputado, a ningún senador y a ningún constitucionalista. Esto demuestra todos los defectos que tiene este anteproyecto que nosotros vamos a intentar, por lo menos, señalar en sus puntos fundamentales. (...) Pero también hay razones de fondo. Hemos señalado que no ha habido constitucionalistas, diputados ni senadores que defiendan a la norma fundamental en este texto”.

El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas también rechazaron las reformas, al señalar que antes de encarar un cambio de esa magnitud era necesario un trámite parlamentario deliberativo; además, advirtieron que implicaba un quiebre en el principio de igualdad de la ley por las ventajas que tendrán los funcionarios para eludir su responsabilidad.

El Colegio de Abogados de la Ciudad afirmó que es “inadmisibles” esta reforma, que plantea una sustitución legislativa, que importa “el repudio al sistema y a una cultura jurídica edificada tras más de 140 años”.

Por su parte, la Academia de Ciencias Morales y Políticas expresó su “preocupación por la forma inusualmente acelerada” con que se tratan los cambios y sostuvo que “el Poder Ejecutivo presionó al Congreso para lograr la media sanción en el Senado antes de la fecha de la próxima renovación de bancas”, y porque sin debate se introdujeron modificaciones que eximen de responsabilidad civil a funcionarios y que cambian el concepto de persona y de familia.

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal también cuestionó con dureza el tratamiento del proyecto. En una solicitada pidió a los legisladores que actúen con la “responsabilidad necesaria” y posterguen el debate en el recinto.

“El Código Civil —dijo— es un instrumento que debe permanecer fuera de mezquindades partidarias, debiendo surgir de un amplio consenso, puesto que tendría que regir a los argentinos, mínimamente, por un siglo”. El citado Colegio recordó que remitió a cada senador y diputado las objeciones a los cambios que introduce la iniciativa, que introduce importantes cambios en materia de matrimonio, adopción, divorcio y composición de sociedades comerciales, entre otras cosas. “El Colegio Público de Abogados advierte, ante la inminente aprobación de la reforma del Código Civil, que éste resultará en una ley sin debates que la democracia impone y a libro cerrado” (La Nación, 30 de septiembre de 2014).

El profesor Roberto Gargarella (2012) realizó críticas metodológicas, señalando que:

“El proceso de trámite legislativo, hoy en curso, contradice la vocación participativa que vocingleramente proclama. La discusión se hace a las apuradas (10 minutos para cada expositor); a través de exposiciones que se suceden sin orden (una presentación sobre los derechos de los wichis es seguida por otra sobre fertilización asistida y otra sobre alquileres). El proceso amenaza con repetir lo que ya ha ocurrido en otros casos: la excusa de la participación popular como pantalla para la aprobación a libro cerrado (o con modificaciones mínimas) de lo decidido de antemano” (La Nación, 14 de septiembre de 2012).

Ni siquiera la abogacía fue escuchada. Así lo manifestó el Dr. Ricardo de Felipe (2012):

“Si bien los redactores del anteproyecto nos merecen el mayor respeto por su trayectoria académica y desempeño en sus funciones, esperábamos una convocatoria institucional a las entidades representativas. Sin embargo, la Federación Argentina de Colegios de Abogados, que congrega 80 colegios, realizó una junta extraordinaria de análisis del anteproyecto, en la que se obtuvieron importantes conclusiones. Dicho esto, reclamamos un espacio de participación y debate durante el tratamiento legislativo de la reforma, en la inteligencia de que serán los más de 200.000 abogados y abogadas argentinos quienes deberán dar cumplimiento al Código y representar a sus clientes en este nuevo contexto. En tal sentido, en un documento que firmamos junto con otras organizaciones decíamos a los legisladores que si bien el análisis legislativo de la reforma propuesta no debe extenderse indefinidamente en el tiempo, no es conveniente, sin embargo, retacear plazo alguno para optimizar, mejorar y corregir omisiones ‘involuntarias e incluso cuestiones semánticas que no son menores’” (La Nación, 14 de septiembre de 2012).

II.7. Opinión personal

Una vez más debemos remitirnos a los clásicos del Derecho Constitucional Argentino, que siempre nos iluminan con sus opiniones. Joaquín V. González decía hace más de un siglo: “Las formas y procedimientos que emplean las Cámaras para ejercer sus atribuciones son de la mayor importancia: ellos determinan la validez de la ley porque expresan el consentimiento de los diversos órganos constitucionales del pueblo, o sea de los poderes encargados de la función legislativa. La falta de cualquiera de esas formas esenciales hace que la ley no sea tal o sea nula, si se pretende ponerla en práctica o en ejecución” (González Joaquín V., 1971: 489).

Con el trámite seguido para la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no sólo se ha devaluado al Congreso, sino también a los Partidos Políticos, reconocidos por el artículo 38 de la Constitución Nacional, y representados en nuestro Parlamento.

Parece evidente que el trámite que impulsó este proyecto fue para satisfacer el deseo de la presidente, que había ordenado que se aprobara durante su mandato. Así ocurre cuando se identifica la democracia con la voluntad y el capricho de los gobernantes, y se considera que el Estado y el Gobierno pertenecen a un caudillo.

¿Será que, como no se pudo reformar la Constitución, se optó por hacerlo con la norma que sigue en importancia a la misma?

En definitiva, el trámite de esta ley tuvo coherencia con la realidad política que se vive: todo se hizo en el Poder Ejecutivo. El Congreso sólo protocolizó lo que venía armado y decidido.

Se dijo que había que actualizar el Código Civil. Pero se olvidó que el mismo implica modificar toda la vida de todo el pueblo argentino. En esa ocasión no se votaba el día del parrillero ni de la guitarra. Este Código es la norma que tiene mayor trascendencia, después de la Constitución.

Además de la importancia propia de la norma reformada, es preocupante el manifiesto desprecio por las formas en general, y las de la Constitución en particular.

El debate en el Congreso es un elemento insoslayable de la ley. En este caso, se violentó la Constitución y sus principios básicos, porque para eso está el Poder Legislativo, para debatir y analizar los proyectos de ley.

En definitiva, se violó el sentido común y la realidad. El sentido común, que indica que no puede aprobarse una ley (¡de 2671 artículos!) si no hay tiempo ni para leerla. Más cuando se trata ¡del Código Civil! La realidad, porque se vio muy claramente lo ocurrido con este proyecto y con otros de la mayor trascendencia: se lo discutió y modificó con diversos sectores y fuerzas fuera del Congreso, pero no en éste. Cada vez que volvió a las Cámaras tenía innumerables modificaciones, que el Poder Ejecutivo había negociado con distintos sectores. En mi opinión, el trámite no sólo fue inconstitucional sino también poco serio.

Se alteró el sistema democrático, que dice que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (artículo 22 de la Constitución). Y el republicano, que ordena que el Poder Ejecutivo no puede interferir con el Poder Legislativo ni “sugerirle” el procedimiento a seguir.

III. Cuestionamientos constitucionales de fondo

La prueba de que habría sido necesario debatir con seriedad este Proyecto, y no haberlo aprobado a libro cerrado, es la cantidad de temas constitucionales reformados en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que están siendo intensamente cuestionados.

Si hubiera habido un debate serio, algunas de esas polémicas no se habrían producido.

Lo cierto es que no sólo resulta objetable el procedimiento “expres” que se usó, sino que también se impugnan sus contenidos, pues muchos de ellos resultan claramente violatorios de la Constitución, y otros adolecen de poca claridad, lo que implica que podrían interpretarse contra los principios fundamentales de nuestra Ley Suprema.

Mencionaré algunos: los principios constitucionales de legalidad e igualdad, el régimen democrático representativo y republicano de la Constitución Nacional, la responsabilidad del Estado y de sus agentes, los derechos personalísimos, la libertad de expresión, los derechos individuales, el derecho de propiedad, las obligaciones de dar dinero en moneda extranjera, y su pesificación, la propiedad comunitaria de los pueblos originarios, el derecho de defensa; las restricciones a los derechos individuales como consecuencia de los derechos colectivos, los derechos al agua y a la vivienda.

1. El principio de **legalidad**. Es uno de los postulados básicos del Constitucionalismo; se funda en la necesidad de que todos los derechos, prohibiciones y obligaciones deben emanar de una ley del Congreso. Y esa ley debe dictarse de conformidad con todos los procedimientos establecidos en la Constitución y en los reglamentos de las Cámaras del Congreso. Al no haberse cumplido con estos últimos, la legalidad ha quedado seriamente dañada.

2. El principio de **igualdad**. La igualdad es esencial para la democracia y para la República. A partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación los derechos de los individuos no serán iguales a los de los funcionarios, pues estos estarán en un escalón superior pues no están obligados a responder por sus actos.

3. La **responsabilidad** del Estado y de sus agentes.

La responsabilidad de los funcionarios es un elemento esencial del sistema republicano.

La nueva legislación ha establecido una vía administrativa que no es homogénea en todo el país, y donde el administrado queda con una menor protección.

En el nuevo Código la responsabilidad del Estado y sus funcionarios ha dejado de ser un tema de derecho común y pasó a ser una cuestión de derecho federal o de derecho local.

Así lo establecen los artículos 1764, 1765 y 1766 del nuevo Código (9).

Como decía Vanossi, al haberse eliminado del Código Civil todo lo relacionado con la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, “si hasta ahora era algo difícil (...) en adelante será peor: que se olvide, porque las dificultades se han transformado prácticamente en impedimentos insalvables” (Vanossi, 2014).

Por su parte, la diputada Elisa Carrió señalaba que la ley significa “el quiebre del Estado de derecho” e implica “una autoamnistía para los funcionarios”. La igualdad ante la ley queda claramente vulnerada, pues “coloca al Estado por encima de los ciudadanos al eximirlo de sus responsabilidades”.

Y está claro que este problema no se salvó con la ley 26.944, del 2 de julio de 2014 (10), ya desde su artículo 1° no deja dudas sobre sus propósitos: “Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.

Lo cierto es que se afecta a la Justicia y a la ética pública, “pues a nadie se le escapa, en un contexto de elevada corrupción, la clara pretensión de impunidad que subyace en la iniciativa en cuestión. Lo propio ocurre con los plazos abreviados de prescripción de dicha acción” (La Nación, 24 de noviembre de 2013).

Manuel Garrido señalaba que algunas de las cuestiones más graves son la prohibición de aplicar sanciones pecuniarias a los funcionarios públicos cuando incumplan las decisiones de los jueces, con lo que se:

“quita a la Justicia una de las herramientas más eficientes que tiene para hacer cumplir sus sentencias, que suelen ser utilizadas sobre todo en casos de interés público frente a la inclinación del Gobierno a desobedecer las sentencias judiciales. Un ejemplo de ello es el caso “Mendoza” sobre el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, en el que, ante la reticencia o injustificada demora de los funcionarios públicos en cumplir con el programa de saneamiento, la Corte autorizó al juez a cargo a aplicarles una multa diaria sobre su patrimonio para compelerlos a cumplir con las funciones encomendadas” (La Nación, 24 de julio de 2014).

4. Derechos **personalísimos**

a. Término “**persona**”

En materia de derechos personalísimos el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha provocado controversias ya desde el propio término “persona”. En tal sentido, el dictamen del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados cuestionaba “la utilización del término persona cuando se regula a los entes jurídicos, ahondando la confusión que responde a

(9) Artículo 1764. Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Artículo 1765. Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Artículo 1766. Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

(10) Publicada en el Boletín Oficial, 8 de agosto de 2014.

una conceptualización superada, en la que los centros de imputación jurídica, que superan los cánones adoptados en función de una “personería jurídica” no acatada por la legislación operativa de los derechos sociales”. Por ello, pedía reservar el uso de término persona a la referencia del ser humano estrictamente como tal (Dictamen del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados FACA).

b. Inicio de la existencia de la **persona humana**

Sin perjuicio de compartir la opinión del legislador en este tema, que creo coincidente con las normas con jerarquía constitucional vigentes (Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención sobre Derechos del Niño) no deja de extrañar que quienes proyectaron esta norma sean los mismos que firmaron la sentencia “F, A. L. s/ medida autosatisfactiva”, del 13 de marzo de 2012, en que llegaron a una conclusión distinta.

Si bien es cierto que, en la redacción original, el proyecto establecía que la vida humana comenzaba con la concepción en el seno materno y con la implantación del embrión en la mujer, no lo es menos que sus autores han consentido la actual redacción.

La Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, aprobando lo resuelto por el legislador, sostuvo que “de esta manera se ratifica la tradición jurídica argentina que reconoce que el embrión es persona ya sea que su concepción ocurra dentro o fuera del seno materno. Sin perjuicio de ello, una disposición transitoria incluida en la ley que aprobó el nuevo código, señala que el embrión humano no implantado será protegido en una ley especial” (Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2014).

c. Protección de la **vida privada** y posible conflicto con la **libertad de expresión**

El nuevo Código incluye una cláusula que tutela la privacidad como un derecho fundamental e inalienable, circunstancia que merece el más amplio consenso. El artículo 1770 dice:

“Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

Dicha norma, en principio plausible, es excesivamente ambigua y vaga al castigar la “mortificación” de otras personas “en sus costumbres y sentimientos”. Ello podría tornarla incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, que exige que las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión se establezcan en leyes claras y precisas.

La norma debería precisarse, para que la defensa de un derecho personalísimo esencial no signifique poner en peligro un derecho personal tan importante para el sistema democrático y republicano como es la libertad de expresión.

Así, debió utilizar una terminología más adecuada e incluir una defensa de interés público vinculada al ejercicio de la libertad de expresión.

Para ello se habría necesitado un debate serio y profundo, no un trámite “exprés”; a libro cerrado y mano alzada, cumpliendo una orden militante o la “obligación política” que invocó un senador.

Otro tanto ocurre con el artículo 1771, que recepta de manera imprecisa la doctrina de la real malicia en los casos de “acusación calumniosa”: “Artículo 1771: Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa solo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado”.

Además, como dijo la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (2014), el nuevo Código nada dice sobre la necesidad de que la responsabilidad civil por el ejercicio del derecho a la libertad de expresión derive en indemnizaciones proporcionadas, tal como lo exigen los estándares interamericanos de derechos humanos. En la misma línea cabe alertar que la aptitud de los jueces para tomar medidas preventivas para evitar daños no puede abarcar a los que puedan cometerse por medio de la prensa o en ejercicio de la libertad de expresión, amparados por la prohibición de imponer la censura previa que consagra nuestra Constitución.

Todo ello derivó en que la Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA) expresara su preocupación sobre posibles “restricciones arbitrarias para el ejercicio de la libertad de expresión” (La Nación, 20 de noviembre de 2013).

Tales temores y suspicacias resultan plenamente justificadas con las recientes noticias (julio de 2015) en cuanto a que está comenzando a analizarse un proyecto de ley que incluiría peligrosas normas sobre las sanciones que se aplicarían ante contenidos supuestamente discriminatorios en internet y en los correos electrónicos. El periodismo manifestó su alarma:

“La iniciativa, impulsada por legisladores kirchneristas, pena con un mes a tres años de prisión a quien incite a la persecución, odio o discriminación mediante mensajes publicados en la web”. “Será considerado contenido discriminatorio todo mensaje publicado en las plataformas de contenidos producidos por los usuarios que a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, mensajes, valores, íconos o signos transmita y/o reproduzca dominación y/o desigualdad en las relaciones sociales, naturalizando o propiciando la exclusión o segregación en razón de pretextos discriminatorios. La persona afectada por un acto discriminatorio podrá presentar la denuncia ante la autoridad administrativa, policial o judicial, quienes tendrán la obligación de recibirla. La imagen de ese comentario será prueba suficiente y entonces el juez estará encargado de determinar si aquello puede estar considerado como una discriminación y ser castigado con alguna pena” (Diario Clarín, 21 de julio de 2015).

Lo cierto es que dicho proyecto, en caso de prosperar, obligaría a las plataformas de Internet a la autocensura, y dar de baja los comentarios que sus administradores consideren discriminatorios o ante el reclamo de cualquiera que se sienta afectado; invierte la carga de la prueba, e impone a los sitios publicar una advertencia sobre los riesgos de expresarse en términos discriminatorios. Todo ello incluye también a Facebook, Twitter, YouTube y demás sitios.

El diputado Garrido señaló que “acá se genera un canal para que los que provean espacios en Internet se autocensuren con el solo reclamo de los particulares, o sea, se abre el espacio a la censura privada” (La Nación, 22 de julio de 2015).

5. **Derechos individuales, derecho de propiedad** y su función social

Tal como señaló la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (2014):

“Los artículos 14 y 240 pueden dar lugar a limitaciones al ejercicio de los derechos individuales y particularmente sobre el derecho de propiedad. Esto ocurre por la exigencia de compatibilizarlos o sujetarlos a los derechos de incidencia colectiva y a los efectos ambientales. Siendo estos derechos motivo de una amplia interpretación, se abre un espacio de subjetividad y de incertidumbre”. “Entrando en este terreno, las normas referidas no son sólo leyes sino también decretos y resoluciones de organismos de menor nivel. Esto es sumamente riesgoso para quienes deben invertir en bienes y propiedades. Quedan al arbitrio de interpretaciones subjetivas frente a reclamos que incluyen la flora y la fauna, el paisaje y los valores culturales”.

6. Obligaciones de dar dinero **en moneda extranjera. La pesificación**

Un ejemplo de la manera como se pone en crisis al derecho de propiedad garantizado por la Constitución es que el nuevo Código también incluye la pesificación de las deudas pactadas en moneda

extranjera. El artículo 765 dice que “si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, (...) **el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal**”.

Esta redacción difiere de la que había elaborado la comisión redactora del nuevo Código. Pero el Ministro de Justicia, Julio Alak, aclaró que “no hay pesificación de contratos en moneda extranjera ni tampoco de ahorros en moneda extranjera”, y enfatizó que “si el contrato elaborado por la voluntad de los particulares en moneda extranjera plantea una ejecución de pago en moneda extranjera, los pagos se harán en moneda extranjera” (La Nación, 25 de noviembre de 2013).

Lo cierto es que podrá dársele el nombre que se quiera, pero cuando se establece que “el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”, es lo que se llama pesificación de las deudas.

El problema es que, en la Argentina, hay distintos mercados y cotizaciones de la moneda extranjera, algunos regulados oficialmente y otros informales y no controlados. “Habiendo una historia frecuente de controles cambiarios en la Argentina, la nueva disposición del Código implica un riesgo extremadamente alto para quienes ofrezcan préstamos o suscriban contratos en moneda extranjera. En un país con inflación y moneda débil es una severa limitación para la inversión y el ahorro, además de poner en riesgo el derecho de propiedad” (Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sobre la reforma de los Códigos Civil y Comercial, 2014).

Si bien es cierto que el artículo 766 dice lo contrario: “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada”, esa contradicción pone en crisis la seguridad jurídica, porque no se sabe cuál de los dos artículos prevalecerá.

No es casual que desde que se comenzó a discutir este nuevo Código Civil las compraventas de inmuebles, que se efectuaban en moneda extranjera, consecuencia de la desconfianza que despierta la moneda nacional, hayan disminuido drásticamente.

7. Propiedad comunitaria de los pueblos originarios

El artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional reconoce la propiedad comunitaria de los pueblos originarios respecto de las tierras que tradicionalmente ocupan (11).

En función de esa norma, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación estableció: “Artículo 18. Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”.

Sin embargo, el tratamiento que, en definitiva, se dio a este tema mereció la crítica unánime de todos los autores y entidades defensoras de los derechos de los indígenas.

Se cuestionó, en particular, que no se haya cumplido con el artículo 6° inc. a del Convenio 169 de la OIT, por el que los gobiernos deben consultar a los interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. Exigencia reiterada en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por

(11) Dice la Constitución en el artículo 75 inciso 17, que el Congreso debe “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes de embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, no consta que durante el trámite legislativo —tanto en órbita del Poder Ejecutivo, como en la del Congreso— se haya consultado a los pueblos originarios acerca de la eliminación de ese capítulo en el anteproyecto.

En el ámbito doctrinario, los profesores Roberto Gargarella y Miguel Angel Benedetti se expresaron contra el tratamiento que en definitiva se dio a este tema.

El Dr. Roberto Gargarella señaló que:

“El déficit de pensamiento constitucional en la redacción del proyecto de reforma se advierte en varios pasajes que dejan en claro malentendidos e incluso errores muy graves. Los más serios son los que se advierten en materia de derechos indígenas, en donde todo lo escrito parece directamente contradictorio con lo establecido por la Constitución vigente, el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El proyecto no ha asegurado la participación y consulta previa requeridas por la normativa vigente (lo cual amenaza la constitucionalidad de todo el trabajo); incorpora el régimen de propiedad comunitaria indígena en un marco de derecho privado regido por principios que le son ajenos; otorga la titularidad del derecho sólo a las comunidades indígenas registradas como personas jurídicas (hoy, en ocasiones, el Estado reconoce la personería a agrupaciones no reconocidas a nivel provincial, y viceversa, lo que preuncia los problemas y manipulaciones por venir); y vincula la propiedad indígena sólo con inmuebles rurales (¿por ser indígenas no pueden tener propiedades urbanas?)” (La Nación, 14 de septiembre de 2012).

Y el profesor Miguel Ángel Benedetti (2012) opinó que:

“De entrada, es de lamentar que en esa retahíla existen dos inadmisibles olvidos: nada dicen de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2007 (...) y tampoco nada dicen de la frondosa y amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de los pueblos indígenas, desde el 2001 hasta la fecha. Para calibrar esos inadmisibles “olvidos”, basta pensar en el valor que la Corte Federal argentina asigna a la jurisprudencia de la Corte IDH, uno de los mecanismos de supervisión convencionales que goza de rango constitucional desde la reforma de 1994, especialmente a juzgar por el frondoso corpus de casos ya resueltos por la Corte IDH acerca de la cuestión” (páginas 157 a 170).

En cuanto a los propios interesados, los miembros de comunidades y organizaciones indígenas, instituciones que acompañan a los pueblos originarios, organismos de derecho humanos, de las provincias de Misiones, Chaco, Formosa, Santa Fe, Buenos Aires y Salta, reunidos en la ciudad de Resistencia, expresaron que:

“Nos hace retroceder ese largo camino de reconocimiento. Como ejemplo, lo vemos en: 1) No se ha realizado la Consulta, previa libre e informada, de buena fe, establecida en el Convenio 169 de la OIT y que es Ley en nuestro país. 2) No se ha respetado que las relaciones de las comunidades originarias con el estado se enmarcan en un ámbito de derecho público, debiendo ser reconocidas como Personas Jurídicas de Derecho Público. 3) La propiedad comunitaria indígena, tal como se encuentra en el proyecto de ley, no respeta la identidad, cosmovisión, ni la especial relación espiritual, tradicional y cultural que poseen con sus territorios”. “Ante ello, consideramos fundamental y alentamos el fortalecimiento de la democracia a través de mecanismos de participación que respeten la diversidad de los pueblos indígenas, solicitando se haga efectivo el derecho a la consulta tal cual lo establece el art. 6 del Convenio 169 de la OIT correspondiendo a la Comisión Bicameral del Congreso Nacional convocar y financiar tal proceso. Proponemos que ante la existencia de normas del Código Civil que refieran a derechos indígenas las mismas deben ser acordes con la Constitución Nacional y los compromisos internacionales asumidos por el Estado respecto de los derechos indígenas. Invitamos a las comunidades y organizaciones indígenas, organismos de derechos humanos, movimientos sociales y organizaciones populares, a reflexionar activamente esta situación para poder ejercer la participación que esta etapa histórica merece” (Reflexiones ante el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Código de Comercio por la Dra. Isabel Grillo).

8. **Derecho de defensa**, por las regulaciones de incumbencias profesionales del quehacer de la abogacía

Al regular las incumbencias profesionales de la abogacía en sentido restrictivo, se pone en peligro el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso a favor de la ciudadanía toda. Así se expresó el Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, al decir que las normas referidas a regulaciones de incumbencias profesionales del quehacer de la abogacía en sentido restrictivo de las mismas se pone en peligro en forma manifiesta el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso a favor de la ciudadanía toda (Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados FACA).

Y, como dijera Ricardo de Felipe: “Esto nos lleva a señalar la disminución de competencias propias de los abogados, un dato que no es menor, porque conlleva que el derecho de defensa, pilar fundamental del Estado de Derecho, se vea menoscabado” (La Nación, 14 de septiembre de 2012).

9. Restricciones a **los derechos individuales** como consecuencia de los **derechos de incidencia colectiva**

Otro punto polémico del nuevo Código es la preeminencia de los derechos de incidencia colectiva por sobre los derechos individuales, contenida en los artículos 14 y 240 del nuevo Código Civil. Según el texto, los derechos de cada ciudadano quedarán limitados cuando se afecten “derechos de incidencia colectiva en general”.

Esas limitaciones a los derechos individuales han producido opiniones disímiles en la doctrina.

Dice el artículo 240:

“Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1º y 2º debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

Mientras algunos aplauden las normas referidas a este tema (Benedetti dice: “Lo que indudablemente resulta loable es que llegue a darle una correcta relevancia frente a derechos individuales patrimoniales (artículo 240)” (Benedetti Miguel Ángel, 2012), otros autores critican duramente el peligro que la solución legislativa significa para los derechos individuales.

El problema es que la ley establece una cláusula abierta, cuando dice “entre otros”: ¿cuáles son esos “otros” derechos de incidencia colectiva?

10. Inseguridad jurídica

El Código adolece de múltiples imprecisiones que afectan la seguridad jurídica. Veamos algunos ejemplos.

El artículo 7, en cuanto a la eficacia temporal, dice: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Pero no aclara, en cuanto al propio Código, qué pasará con los juicios que estén en trámite al inicio de su vigencia. Por ejemplo: un juicio de divorcio por adulterio, iniciado con anterioridad, que no tenga sentencia firme: ¿se aplican las nuevas normas?

Otra duda: en las obligaciones pactadas con anterioridad a su vigencia en moneda extranjera, ¿se pesifican de conformidad con el artículo 765?

Estos son sólo algunos ejemplos. La imprecisión de la norma conduce a la inseguridad jurídica, afecta el principio de igualdad y acrecienta la litigiosidad.

Se ha dicho, ante estas objeciones, que serán resueltas por los jueces, y que es saludable la amplitud de atribuciones que se les otorga para resolver esas dudas.

Pero el resultado será que habrá gran cantidad de fallos contradictorios, pues cada juez, cada Cámara de Apelaciones, y cada Tribunal Superior de Provincia resolverá según su criterio, y habrá que esperar que la Corte Suprema de la Nación unifique la jurisprudencia. Y todos sabemos que eso demorará muchos años, durante los cuales persistirá la duda, la consecuente inseguridad jurídica y el perjuicio para las partes.

Todo ello lleva a insistir en lo necesario que hubiera sido un debate legislativo serio, en el que podrían haberse aclarado muchas de esas dudas que seguramente surgirán.

Finalmente: ¿para qué se dictaron los códigos? Fue para unificar el Derecho, darle certeza. Si no se logra ese objetivo, pierden su razón de ser.

11. Derecho al agua

Al respecto, Benedetti dice que “en esa línea de reconocimiento de derechos de incidencia colectiva, también se puede citar aquí lo que sería la primera mención infraconstitucional del “derecho fundamental de acceso al agua”, al menos en una solitaria y brevísima cláusula (artículo 241) (Benedetti, Miguel Ángel, *op. cit.*).

Lo cierto es que el artículo 241 dice textualmente: “Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”. Por mi parte, creo que dicha norma no es suficiente para entender que el acceso al agua esté garantizado.

Como dice Gargarella: “En épocas de megaminería, el Gobierno ha suprimido las referencias al “acceso al agua potable” como derecho fundamental” (La Nación, 14 de septiembre de 2012).

12. Derecho a la vivienda

Benedetti critica ciertas omisiones sobre derechos habitacionales diciendo que deja “pasar la oportunidad de aclarar explícitamente y fuera de toda duda si los regímenes provinciales sobre bien de familia son compatibles o no con este régimen nacional (sólo dice en el artículo 244: “Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales” sin decir “locales”, pero un renglón más abajo sí habla de “reglas locales” y también en el artículo 256 para inmuebles rurales se refiere a “reglamentaciones locales”).

IV. Conclusiones

Para concluir: 1. Se olvidó el tema prioritario: su constitucionalidad o inconstitucionalidad. 2. Hubo un injustificado apresuramiento en su tratamiento legislativo, que se agravó al adelantar su entrada en vigencia. 3. Debíó ser el resultado del consenso de toda la sociedad, no la voluntad exclusiva del gobierno y de un partido político. 4. Quedó la sospecha de que el apresuramiento legislativo se debió a factores que no se condicen con la norma que se dictaba. 5. Puede ser el primer paso para reformar la Constitución.

IV.1. Lo prioritario: la constitucionalidad

Cuando se inicia el debate sobre un proyecto de ley, lo primero que debe analizarse es su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Así lo hacían los atenienses de los tiempos clásicos, por medio de la “Grafé Paranomon”.

Lamentablemente, en Argentina ya nos hemos acostumbrado a que la constitucionalidad sea un tema que no preocupa a los legisladores. El propósito de este trabajo ha sido recordar que debe ser el tema prioritario.

En el caso del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el procedimiento utilizado para su sanción ha sido inconstitucional porque no se cumplieron los procedimientos establecidos en el Congreso para la sanción de las leyes.

Una norma dictada por el Congreso sin cumplir con sus propios reglamentos no es ley, de igual manera que tampoco es válida una reforma constitucional que no esté de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución.

Se me dirá que numerosas normas se realizaron sin cumplir con el procedimiento constitucional y que, pese a ello, tuvieron vigencia y la siguen teniendo en la actualidad, como es el caso de la reforma constitucional de 1994. Es cierto, pero el hecho de que la práctica haya convalidado tales anomalías no significa que la inconstitucionalidad se haya purgado: para usar la terminología de García Pelayo, la Constitución sociológica aplica la reforma inválida, pero no purifica a la Constitución racional normativa, que seguirá clamando por su invalidez (12).

Lo mismo ocurre con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: podrá llegar a aplicarse, y el adelantamiento de su vigencia producirá un hecho consumado que posiblemente lleve a olvidar sus defectos para evitar males mayores, pero ello no quita que quedará manchado para siempre con su invalidez.

Como expresara la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en su dictamen del 11 de diciembre de 2014, “el manifiesto quebrantamiento de las normas y principios constitucionales previsto para la sanción de una ley vicia su legitimidad de origen y pone gravemente en duda su validez como norma que integra nuestro sistema jurídico. A ello se añade, en un plano distinto, la falta de un auténtico y profundo debate sobre su contenido”.

IV.2. Apresurado tratamiento legislativo

La inconstitucionalidad fue, en gran medida, consecuencia del apresurado tratamiento legislativo que se le imprimió.

Sin embargo, no existían urgencias de ningún tipo. Nada impedía que el Congreso se tomara el tiempo necesario para el estudio y aprobación de un nuevo cuerpo jurídico. Salvo que se propiciara por razones menores, por motivos políticos o de militancia.

Una consecuencia inevitable de la precipitación con la que se procedió en la sanción del nuevo Código es que, quienes deben aplicarlo, jueces y abogados, no han tenido posibilidad material de analizarlo. Y recuerdo: ¡se trata del Código Civil!

Así fue que una encuesta realizada por el portal Diario Judicial entre sus seguidores, en abril de 2015, determinó que el 82% de los abogados dijo no estar del todo preparado para litigar con el nuevo Código Civil y Comercial (La Nación, 2 de abril de 2015).

Para agravar ese panorama, se llevó al extremo inédito de adelantar la entrada en vigencia de la nueva norma, que ahora comenzará a regir el 1 de agosto de 2015 (ley 27.077, publicada el 16 de diciembre de 2014), en vez del 1 de enero de 2016, como estaba previsto en la ley 26.994.

(12) Lamentablemente, este debate no es el primero en que se pasa por sobre el Congreso, invocando que se había discutido en otros ámbitos. Peor aún: esto ocurre con las leyes más trascendentes. Un ejemplo anterior fue el de la Ley de Medios, que se discutió en algunos aislados parajes de la Cordillera de los Andes, pero en el Congreso tuvo un trámite exprés. Ahora ha ocurrido lo mismo.

La falta de explicación razonable a tan insólito procedimiento alienta las sospechas de que fue con la intención de provocar hechos consumados y, más grave aún, de poner en vigor la irresponsabilidad al Estado y proteger los actos de algunos funcionarios (La Nación, 19 de noviembre de 2014).

IV.3. Debió ser el resultado del consenso

La sanción de un nuevo Código Civil y Comercial debió ser el resultado del consenso mayoritario de la sociedad, pero los legisladores no asumieron esa responsabilidad.

Un solo partido aprobó un Código partidario que implica modificar la vida diaria, los derechos personalísimos y personales de todos los argentinos.

Lo reconoció expresamente el Ministro de Justicia y Derechos Humanos cuando concurrió al Congreso y sostuvo que no se aceptarían cambios sobre uno de los temas más polémicos: responsabilidad civil del Estado, que en realidad es de irresponsabilidad del Estado (La Nación, 20 de noviembre de 2013).

Como expresara un grupo de ciudadanos:

“En las 282 exposiciones de las audiencias públicas de Capital y La Plata, un 91% estuvo en contra, total o parcialmente. Pero ninguna sugerencia fue incluida. El Congreso fue ignorado, y confirmó ser una simple ‘escribanía’, (...) no modificó una coma, y con cinco dictámenes diferentes, el de la mayoría fue por la aprobación ‘a libro cerrado’” (La Nación, 8 de diciembre de 2013).

Incluso algunos de los más importantes legisladores oficialistas también manifestaron su desacuerdo con numerosos temas del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo cual, insólitamente, no les impidió votar favorablemente. A manera de ejemplos: en el Senado, Miguel Ángel Pichetto, jefe del bloque del FpV admitió que votó la reforma al Código solamente por “obediencia política”, ya que no estaba de acuerdo con los cambios de último momento negociados. Y en Diputados, tampoco estuvo de acuerdo con los cambios Juliana Di Tullio, titular del bloque mayoritario. Sin embargo, reitero, ambos votaron a favor de la nueva ley.

El propio Vice Ministro de Justicia, Julián Álvarez, admitió fallas en el proyecto (La Nación, 30 de septiembre de 2014).

IV.4. Factores para el apuro

Creo que en cuanto a la premura por el nuevo Código han influido varios factores totalmente negativos para lo que debe ser una legislación tan importante:

- a. El deseo de impunidad, que se trasluce en la irresponsabilidad del Estado y de sus funcionarios.
- b. La ideología, los prejuicios y dogmatismos, que sugieren que estaba mal todo lo que proviene de la generación que dictó la Constitución de 1853.

En el mes de abril de 2015, en un acto celebrado en la Sala de Audiencias de la Corte Suprema, con motivo de la implementación del nuevo Código Civil y Comercial, la doctora Elena Highton, coautora de este Código y ministro de la Corte Suprema de la Nación, lo presentó como una norma revolucionaria, criticando duramente al texto vigente: manifestó que el Código de Vélez era un Código “pensado para el hombre blanco, con cierto poder económico, con buena salud, educado” y “oligárquico”, mientras que el nuevo “piensa en todos los demás, viejos, niños, vulnerables, aborígenes”. Y sintetizó su pensamiento: “Hemos dado vuelta todo” (La Nación, 08 de abril de 2015) (13).

Ante todo, discrepo con esos términos de la doctora Elena Highton, porque olvida que el Código de Vélez Sarsfield integró la obra de una generación que hizo que la Argentina estuviera entre los diez primeros países del mundo.

(13) En otros términos: ahora tendremos un Código “Nac pop”.

Los Códigos Civil y de Comercio derogados tuvieron más de cien años de vigencia, en los que rigieron la vida de los habitantes del país, y sirvieron a la unidad nacional pese a todos los avatares de nuestra historia política (14).

Por lo demás, no podemos dejar de recordar que los autores del nuevo Código no son Vélez Sarsfield, y que la titular del Poder Ejecutivo no es Mitre ni Sarmiento, que fueron quienes impulsaron el ahora derogado Código Civil. En definitiva, creo que esos términos militantes son un agravio a la historia y a la institucionalidad Argentina.

Asimismo, la doctora Highton olvidó mencionar que el Código de Vélez tuvo con posterioridad a su sanción una abundante legislación que lo fue remozando en forma permanente [por citar unos pocos ejemplos: las leyes de matrimonio civil (2393, 2681 y 23.515), de patronato de menores (10.903), de locaciones urbanas (11.156), de derechos civiles de la mujer (11.357), de propiedad horizontal (13.512), de reforma integral (17.711, 17.940), etc.].

Más aún: la jurisprudencia del Tribunal que ella ahora integra, realizó una permanente actualización a las necesidades de los nuevos tiempos.

Lo cierto es que se puede producir la modernización sin necesidad de reforma ni la Constitución ni el Código Civil. Los Códigos Civil y de Comercio tenían en su favor más de 100 años de jurisprudencia interpretativa, además de reformas parciales trascendentes.

Pasar por alto esas circunstancias me parece que no sólo significa un agravio a quienes realizaron esa magnífica obra legislativa, sino que pone en evidencia que es una ley aprobada por un partido y por un gobierno. No es lo que debe ser un Código Civil.

c. El deseo del bronce, para quedar en la historia por una ley que se supone debe permanecer durante muchas generaciones. Desde su origen, este Código tuvo la impronta personal de la titular del Poder Ejecutivo, que había ordenado que se aprobara rápidamente.

El anteproyecto fue entregado a la Presidente el 27 de febrero de 2012, y en esa oportunidad Cristina Fernández anunció la creación de una Comisión Bicameral en el Congreso para acotar el plazo de su tratamiento parlamentario, y que el proyecto sería aprobado en el año 2012. Unos días más tarde, en el discurso de apertura de sesiones del Congreso del 1º de marzo, la Presidente se refirió al mismo afirmando:

“Los que hayan visitado la tumba de Napoleón Bonaparte podrán observar que en uno de los recordatorios de sus principales obras, además de las batallas, obviamente está precisamente haber sido el autor de la codificación civil francesa. Yo medio en broma, medio en serio, les decía a los integrantes de la comisión que **me iba a sentir Napoleón** el día que les mandara a ustedes el código”. (Citado en la Ponencia del Profesor Diputado de la Nación (MC) Jorge Horacio Gentile ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación).

El ex miembro del Consejo de la Magistratura, Alejandro Fargosi, se preguntaba si la invocada revolución jurídica aporta algo a nuestro futuro. Y se contestaba que:

“Obviamente, beneficia a la vocación protagónica de la Presidenta, que será Imhotep y Napoleón. Y al currículum de sus autores, que desplazarán a Vélez Sarsfield y quizás hasta publiquen voluminosos tratados que serán envidiables *best sellers*”. “Pero la Presidenta quiere dominar los próximos 200 años de la Argentina, en una especie de fantasía napoleónica inconcebible porque ni es necesario ni ella es Napoleón. En 1804 el mundo salía de la época absolutista y por eso se necesitaba cambiar de raíz los

(14) Quizá ese haya sido uno de sus “defectos”: cuando se predica la necesidad del conflicto permanente, aparece la “necesidad” y la “urgencia” de reemplazarlo por una nueva norma que contribuya a los enfrentamientos, a la política interpretada como la relación “amigo-enemigo”.

sistemas legales, como ocurrió a mediados del siglo XIX en la Argentina. Hoy estamos en una época de evolución, no de revolución, y por eso los cambios son y deben ser graduales, sin épica pero con seriedad y mesura. Justo lo que no tiene el kirchnerismo” (La Nación, 30 de septiembre de 2014).

Decía un conocido periodista: “El espíritu bonapartista del kirchnerismo, una mezcla de autoritarismo y populismo, no se está quedando sólo en las formas, aunque Bonaparte —todo debe reconocerse— era más elegante que el kirchnerismo” (La Nación, 08 de octubre de 2014).

IV.5. Reforma de la Constitución

Pero hay algo que me parece aún más grave: creo que este nuevo Código es un “tiro por elevación” a la propia Constitución, porque no puede ponerse en duda que el Código Civil de Vélez, ahora derogado, estaba en perfecta coordinación con nuestra Carta de 1853.

Sospecho que este Código es un acto preparatorio para promover una reforma constitucional que cambie toda la organización política y jurídica de la Argentina.

Joaquín V. González (1971), de acuerdo con el orden constitucional, que determina que los códigos deben adaptarse a la Constitución, y no a la inversa, observaba que la legislación y los códigos de derecho privado son la constitución extendida a las relaciones de los individuos. Así lo señalaba, con su claridad acostumbrada:

“Si la Constitución es la Ley Suprema que rige la formación y funcionamiento del Estado, entendido en su carácter de Nación organizada en Gobierno, las leyes comunes o códigos, son la constitución extendida a las relaciones de los individuos, las corporaciones, y del Estado mismo, en su carácter de personas privadas; son las que establecen el régimen de los derechos civiles, y de los particulares en general, entre sí y con respecto al Gobierno” (p. 451).

Ahora se me presenta el temor de que se invierta ese orden, y se trate de reformar la Constitución para adaptarla al Código. ¿No se dirá en poco tiempo más que es necesario “actualizar” la Constitución Nacional para que no haya discordancia con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación? ¿Qué el Código Civil es moderno, mientras la Constitución no lo es, por lo que hay que “actualizar” a esta última?

Parece temerario, porque significaría desconocer el principio básico de la supremacía de la Constitución. Pero esos disparates se ven cada día con mayor frecuencia, por lo que no es una hipótesis totalmente descartable.

No olvidemos que en nuestros días escuchamos decir —¡incluso por profesores de Derecho Constitucional!— que la actual Constitución no sirve para nada y que “hay que quemarla”.

Finalmente, creo que lo que está en debate es la vigencia o no de la Constitución, y el concepto mismo de democracia. En mi opinión, para la Constitución las leyes deben ser no sólo aprobadas, sino discutidas en el Congreso, por los representantes del pueblo y de las provincias. Y la democracia significa que se gobierne para todos, no sólo para la mayoría.

V. Bibliografía

ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS. Opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sobre la reforma de los Códigos Civil y Comercial. Diciembre de 2014.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES. Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 11 de diciembre de 2014.

ANAYA, Jaime Luis (2012). “La unificación del Derecho Privado. Un replanteo necesario”. Comunicación efectuada por el Académico Dr. Jaime Luis Anaya en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias

Sociales de Buenos Aires, en sesión privada, EN: Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año LIV. Edición especial, 259-295.

BENEDETTI, Miguel Ángel (2012). “Dictamen sobre el ‘Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación’”, EN: Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año LIV. Edición especial, 157-170.

GENTILE, Jorge Horacio (2012). Exposición oral en la Audiencia Pública del 4-10-2012 en Córdoba ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación sobre el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial.

GONZÁLEZ, Joaquín V. (1971). Manual de la Constitución Argentina, n° 489. Buenos Aires: Ángel Estrada y Cía.

LAVIGNE, Roberto (2012). “Análisis de diversos aspectos del anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial”, EN: Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Año LIV. Edición especial, pp. 317 a 386.

MALLO RIVAS, Augusto (2012). “El contrato de cuenta corriente y el derecho del crédito”. EN: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. Año LIV. Edición especial, 245-259.

VANOSSI, Jorge Reinaldo (2014). *De la Constitución Formal a la Constitución Real*. Comunicación del Académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, realizada en la Sesión Plenaria de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, el 27 de octubre de 2014.

Referencias obtenidas de la prensa

CARRIÓ, Elisa. Lorenzetti y Highton de Nolasco van a ganar millones con los nuevos tomos del Código Civil. *La Nación*, 1 de octubre de 2014.

CRETTAZ, José. Defendió el kirchnerismo el control de los comentarios en Internet. *La Nación*, 22 de julio de 2015.

DE FELIPE, Ricardo. La voz de los abogados debe ser escuchada. *La Nación*, 14 de septiembre de 2012.

FARGOSI, Alejandro. El Código Civil no necesita una revolución jurídica. *La Nación*, 30 de septiembre de 2014.

GARGARELLA, Roberto. Un código para pocos. *La Nación*, 14 de septiembre de 2012.

GARRIDO, Manuel. Una mala norma. Impunidad estatal garantizada. *La Nación*, 24 de julio de 2014.

MORALES SOLÁ, Joaquín. Un código que contiene avances, pero que nace herido. *La Nación*, 08 de octubre de 2014.

PAGNI, Carlos. El nuevo Código Civil, a merced de las urgencias kirchneristas. *La Nación*, 14 de noviembre de 2013.

SERRA, Laura. Apuran el tratamiento del nuevo Código Civil. *La Nación*, 8 de noviembre de 2013.

— Los temas más polémicos de la reforma. *La Nación*, 25 de noviembre de 2013.

— Sin acuerdo. El Gobierno no aceptará cambios en el Código Civil. Alak fue al Congreso y cerró toda posibilidad de reformas sobre la responsabilidad civil del Estado. *La Nación*, 20 de noviembre de 2013.

— Código Civil: la diputada aliada al kirchnerismo que no sabe qué votó. *La Nación*, 02 de octubre de 2014.

— Diputados. En medio de denuncias y escándalos, sancionaron el nuevo Código Civil. *La Nación* 02 de octubre de 2014.

VIVANCO, María José y otros. Cartas de los lectores. Código no deseado. *La Nación*, 8 de diciembre de 2013.

YBARRA, Gustavo. La oposición cuestionó el apuro del oficialismo para aprobar la reforma. *La Nación*, 15 de noviembre de 2013.

Código civil. Reclamo de la Academia de Derecho. Pide que el proyecto se debata sin apuro. *La Nación*, 02 de agosto de 2012.

Código Civil: buscan adelantar sus efectos. *La Nación*, 19 de noviembre de 2014.

Código Civil: el 82% de los abogados dice no estar del todo preparado para litigar. *La Nación*, 2 de abril de 2015.

El Colegio de Abogados pide postergar el tratamiento del nuevo Código Civil. *La Nación*, 30 de septiembre de 2014.

Julián Álvarez admite fallas en el nuevo Código Civil. *La Nación*, 30 de septiembre de 2014.

La oposición recurre a la Justicia para frenar el nuevo Código Civil. La Coalición Cívica presentará un amparo para que no se trate el proyecto oficial; en Pro objetan el dictamen. *La Nación*, 30 de septiembre de 2014.

Polémica por un proyecto de ley que reprime los comentarios en la web. Regulación de Internet. *Clarín*, 21 de julio de 2015.

Preocupan a ADEPA cláusulas que limitan la libertad de expresión. *La Nación*, 20 de noviembre de 2013.

Serías objeciones a la reforma de los Códigos. *La Nación*, 24 de noviembre de 2013.

El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal

POR ROBERTO O. BERIZONCE (*)

Sumario: I. “Juridización” de la Constitución y “principalismo”. — II. Principios del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación. — III. Los principios procesales incorporados a la legislación sustantiva. — IV. Irradiación de los principios generales y procesales del C.C.C.N. e incidencia en los ordenamientos procesales. — V. Responsabilidad por daños derivados del abuso del proceso. — VI. El abuso del proceso como inconsistencia de las pretensiones u oposiciones, la “declaración palmaria de flagrancia” y la justicia “temprana”. — VII. Conclusiones. — VIII. Bibliografía.

Sobreviene en un singular momento de nuestra cultura jurídica la consolidación de una transición que busca el reencuentro del derecho y el orden de valores que él auspicia en línea prioritaria en un renovado orden axiológico, en el marco de un paisaje institucional que procura abrir nuevas perspectivas más afines al respeto y jerarquía de las modernas maneras de prestar tutela efectiva a los derechos fundamentales.

Augusto M. Morello (2004)

Resumen

El Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.— incorpora en su Título Preliminar principios generales, verdaderos paradigmas, que vienen a integrar aquellos que provienen de la Constitución y las convenciones humanitarias. Entre ellos se desatacan las cláusulas abiertas de la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley (artículos 9, 10, 12, C.C.C.N.). Se trata, entonces, de analizar la incidencia que tienen tales principios generales en el régimen de las instituciones procesales, incluyendo otros diversos que se diseminan en el cuerpo sustantivo —procesos de familia, de restricción a la capacidad de las personas, etc.—. Al focalizarse el principio general que proscribe el abuso del derecho, se enfatiza el profundo impacto expansivo que produce en el esquema procesal vigente que se asienta tan solo en la prevención y sanción de las conductas temerarias y maliciosas. Se abre camino ahora, se sostiene, a una novedosa responsabilidad por daños y su operatividad en el mismo proceso, por aplicación analógica del artículo 208, CPCN (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); al igual que la recepción de instituciones innovadoras alentadas por la doctrina, en consonancia con el aseguramiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

I. “Juridización” de la Constitución y “principalismo”

La constitucionalización de los nuevos derechos y de las garantías, junto con la recepción de las convenciones humanitarias, ha significado el ingreso en lo que se considera la fase madura de uno de los fenómenos universales más trascendentes en la evolución del derecho y la justicia. La reforma constitucional de 1994 trajo consigo un renovado “bloque de constitucionalidad” asentado en una concepción superadora del tradicional Estado democrático de derecho que, sin renegar de los valores democrático-liberales, viene a incorporar un catálogo ampliado de nuevas categorías de derechos y garantías —aquellos de la segunda y tercera generación—, asentados en *valores, principios y paradigmas* que ensalzan la dignidad humana o, si se prefiere, el principio “*pro hominis*”, como eje central para

(*) Prof. Extraordinario Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

el ejercicio de la libertad. Esquema en el cual el modelo del Estado social se erige en palanca para asegurar la efectividad en concreto de tales nuevos derechos, principalmente los sociales, económicos y culturales, incluyendo los derechos colectivos. A la misma exigencia de operatividad corresponde, igualmente, la paralela “constitucionalización” de las garantías judiciales y el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y eficiente.

En orden a su contenido, la Constitución al juridizarse ha venido a incorporar con jerarquía suprema preceptos que, tras su “ascenso”, ahora integran “nuevos” bloques, producto de una fragmentación que atiende a las diversas materias sustantivas o formales. Se alude así a un *derecho privado constitucional* o *derecho privado constitucionalizado* o, aún, a la *constitucionalización del derecho civil o privado* (1), lo que contribuye a componer el sistema jurídico “por dos caminos” (2). Con similares razones predica la existencia de un *derecho constitucional de familia* (3), o la *constitucionalización del derecho comercial*, particularmente en ciertos capítulos como aquel que comprende y ensambla con los preceptos supremos, las normas mercantiles y las propias de la defensa de los consumidores y de la competencia (4). Y, desde luego, se ha ido articulando un robusto *derecho procesal constitucional* o *constitucional procesal* sobre cuyos alcances se debate. Novedosas visiones que vienen impactando igualmente en la doctrina judicial (5).

Hay, todavía, un aspecto central relativo a la contextura misma morfológica de las normas supremas, de lo que deriva lo que se ha dado denominar la apertura “principiológica”.

Más allá de las arduas dificultades semánticas que derivan de la ambigüedad e imprecisión de la expresión “principios”, sus diversos sentidos (6), su relación con los valores e incluso su asimilación (7), o con las denominadas “directrices políticas” (8), lo que resulta claro, nos parece, es que los principios son “normas fundantes”, criterios o reglas genéricamente formuladas, que están en la base de los ordenamientos jurídicos positivos; verdaderas reglas “inspiradoras” de una estructura, que le imprimen cierta dosis de cohesión y tendencia a la armonía, entre otras de sus funciones (9). Mientras los principios son constitutivos del orden jurídico, en cambio las reglas, aun cuando puedan estar insertas en los textos fundamentales, son puramente instrumentales, se agotan en sí mismas y no tienen ninguna fuerza más allá de lo que ellas significan; a los principios se les presta adhesión, a las reglas se las obedece (10).

Al margen de tan arduas disquisiciones, en una síntesis apretada y por ello no exenta de arbitrariedad, parece claro que el reconocimiento de los principios jurídicos ha tenido profunda incidencia

(1) Lorenzetti R. L., *Fundamento constitucional de la reparación de daños*, La Ley, 2003-C, pp. 1185 y ss. Rivera J. C., *El Derecho Privado Constitucional* en Rev. Der. Priv. y Comun., Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, nº 7, pp. 52 y ss.; id., *Estudios de Derecho Privado (1984-2005)*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, 2006, pp. 275 y ss.; id., *Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*, La Ley, 2005-F, 1105 y ss.

(2) Alterini A. A., *Respuestas antes las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces*, La Ley 2007-F, pp. 1338 y ss.

(3) Gil Domínguez A., Fama M. B. y Herrera M., *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, v. I y II. Lloveras N. y Salomón M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, ed. Universidad, Buenos Aires, 2009.

(4) Alegria H., *Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial*, La Ley, 2010-C, pp. 835-842. Asimismo, Rivera J. C., obs. cit.

(5) SCBA, causa C. 104.935, “Lisi R. L. c. Sancor, s/ ds. y perj.”, 3-11-2010, voto Dr. de Lázari. C. Civ. y Com. Azul, Sala II, 14-10-2010, La Ley Buenos Aires, 2011, p. 506, con nota de V. A. Testa, La protección constitucional de la vivienda familiar: ¿un derecho operativo o programático? Del mismo tribunal: sentencia del 19-5-2011, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Rodríguez V. E. G.”, voto Dr. Galdós, en la misma revista, pp. 532 y ss.

(6) Dworkin R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, trad. M., Guastavino, pp. 72, 190; Carrió G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 10.

(7) Alexy R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” en *Doxa*, Alicante, nº 5, 1998, p. 145.

(8) Dworkin R., ob. cit., p. 190.

(9) El principio es concebido como una regla general y abstracta, o bien como una regla general preexistente (Lorenzetti R. L., *Las normas fundamentales del derecho privado*, Rubinzal Culzoni ed., Santa Fe, 1995, pp. 268).

(10) Zagrebelsky G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 2005, trad. M. Gascón, p. 110.

sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y, correlativamente, sobre la misión de los jueces. Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral apoyadas en la que puede ser considerada la “conciencia jurídica popular”. La apertura “principiológica” provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas (11); y, en ese contexto, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el *ethos* jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones. De ahí que el nuevo paradigma del Estado Democrático de Derecho presupone la superación del derecho como sistema de reglas, incorporando democráticamente a los principios en el discurso constitucional; y, con ello, la posibilidad, por conducto de los principios, de conectar la política con el derecho (12). A salvo, claro está, de todas las reservas y condicionamientos que provienen de las teorías del discurso, la argumentación para el apoyo de las decisiones y los límites de la razonabilidad que igualmente integran las garantías fundamentales. Lo cual conduce también a la cuestión no menos difícil del conflicto, interferencia o choque entre principios y valores, el “peso relativo” de cada uno (13), que lleva a la aplicación de la “ley de ponderación” (14).

La Constitución y los tratados y convenciones humanitarias constituyen entonces las fuentes primigenias de los principios y valores, que las normas infraconstitucionales desarrollan e integran a través de reglas más o menos precisas. Sin embargo, entre unos y otros órdenes normativos queda un ancho campo para la construcción de verdaderos *principios genéricos que son propios de la teoría general del derecho* y que se van elaborando desde el ordenamiento común y la doctrina jurisprudencial de los altos tribunales.

II. Principios del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación

Lo novedoso ahora es que el flamante C.C.C.N. incluye en su Título Preliminar ciertas reglas para el ejercicio de los derechos subjetivos que participan de los caracteres propios de los principios, en el sentido antes referido (15). Se trata de típicos conceptos indeterminados que surgen de los principios y valores superiores. Son normas de integración y de control axiológico útiles como marco de comprensión de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas, dentro de un sistema de derechos basado en principios y reglas (16). Con la particularidad que precisamente por su ubicación en un código que, según la tradición histórica, es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado, tiene una irradiación y fuerza expansiva singular.

En el Capítulo 3 referido al *ejercicio de los derechos* y que tiene por destinatario general a todos los ciudadanos, se incluyen los *principios o cláusulas generales de la buena fe* (artículo 9), el *abuso del derecho* (artículo 10), el *fraude a la ley* (artículo 12) y otras. Son pautas generales fundamentales aplicadas a cualquier ejercicio de un derecho o situación jurídica y que se complementan con reglas

(11) Marinoni L. G., *Teoría geral do processo*, Rev. Edit. do Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 47-53.

(12) Streck L., *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*, ARA ed., Lima, 2009, trad. A. Álvarez Aranda, p. 48; Guzmán N. L., *Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho en Principios Procesales*, R. O. Berizonce coord., LEP, La Plata, 2011, pp. 6-7. VIGO R. L., *Fuentes del derecho en el Estado de derecho y el neoconstitucionalismo*, La Ley, 2012-A, pp. 1012 y ss.

(13) Dworkin R., ob. cit., p. 77.

(14) Alexy R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, trad. M. Atienza y I. Espejo, p. 349. Lorenzetti R. L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni ed., Santa Fe, pp. 21 y ss.

(15) Falcón E. M., *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires, 2014, pp. 150-153.

(16) Como se destaca en los fundamentos del Anteproyecto, Título Preliminar, la jurisprudencia de la CSN reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. Conf: Lorenzetti R. O., *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2012-C, pp. 581 y ss.

específicas. El C.C.C.N. reproduce en este tramo, con algunas variantes, los institutos incorporados por la ley 17.711, en el entendimiento que las cláusulas generales se integran y consolidan su alcance lentamente a través de la tarea jurisprudencial.

En relación al abuso del derecho, importa señalar el apartado final incorporado en el artículo 10 aludido: “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. Resulta novedosa la previsión de las “situaciones jurídicas abusivas”, concepto ya desarrollado por la doctrina civilista, y que se configura como resultado de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales (17). Como estatuye el artículo 1120 C.C.C.N., “cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

III. Los principios procesales incorporados a la legislación sustantiva

El C.C.C.N. contiene una notable cantidad de normas de naturaleza procesal, al amparo de la jurisprudencia reiterada de la CSN (Corte Suprema de Justicia de la Nación) que ha convalidado la validez constitucional de aquellos preceptos sancionados por el Congreso de la Nación en tanto resultan necesarios para asegurar la efectividad de las instituciones y derechos de fondo (18), con soporte, además, en añeja aunque perdurable doctrina (19). No parece del caso, para nosotros, reabrir un debate definitivamente zanjado, aún a la vista del arrasador impulso de los codificadores de 2014 (20); sin perjuicio de dejar a salvo el ejercicio del escrutinio constitucional en relación a algunas singulares normas que pudieran haber excedido el cartabón asentado por la Corte. El C.C.C.N., de todos modos, deja anchos márgenes para la regulación procedimental reservada a las provincias.

1. Procesos de familia

Lo que aquí nos interesa es focalizar ciertos preceptos que instituyen principios procesales para los procesos en materia de familia. Así el artículo 706, bajo el acápite *Principios generales de los procesos de familia* enuncia los de *tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso ilimitado al expediente*. Agrega que “las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos”. A su vez, el artículo 709, bajo el acápite *Principio de oficiosidad* prevé que en tales procesos el impulso procesal está a cargo del juez, quien además puede ordenar pruebas oficiosamente. También se establecen *principios relativos a la prueba*, como los de libertad, amplitud y flexibilidad (artículo 710). Añade que la carga de la prueba recae, finalmente, en quien esté en mejores condiciones de probar (artículo cit., *in fine*) (21). El capítulo de Disposiciones generales se complementa con reglas respecto de la participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida (artículo 707), acceso limitado al expediente (artículo 708) y admisibilidad de testigos (artículo 711).

Por último, en los capítulos 3 y 4 del mismo Título VIII se estatuye sobre *reglas de competencia* (artículos 716 a 720) y *medidas provisionales* (artículos 721 a 723), sea aquellas *relativas a las personas* en el divorcio y en la nulidad de matrimonio —verdaderas tutelas anticipadas y urgentes, en enunciación no taxativa (artículo 721)— y otras *relativas a los bienes* —cautelares típicas— (artículo 722).

(17) Anteproyecto, Título Preliminar, cit., Lorenzetti R. L., Aspectos valorativos..., cit.

(18) CSN, Fallos, 138:157; 190:124; 200:203; 244:527, entre otros.

(19) Mercader A. A., *Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento*, Ejea, Buenos Aires, 1939, pp. 73 y ss., 115 y ss. Conf. Díaz C. A., *Instituciones de Derecho Procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, Parte General, v. I, pp. 177 y ss.

(20) Como señala Falcón, desde el punto de vista sistémico la cuestión tiene importancia menor (El Derecho Procesal..., ob. cit., p. 150).

(21) Las cargas probatorias dinámicas están reguladas igualmente en el capítulo de la responsabilidad civil y la función resarcitoria, artículo 1735, donde se explicitan las facultades judiciales. La interpretación habrá de armonizarlas.

Como se ha señalado (22), la compatibilidad del sistema del C.C.C.N. con el CPCN requerirá una adaptación adecuada, sin perjuicio de la aplicación judicial.

2. *Procesos de restricción a la capacidad*

Lo propio acaece con la preceptiva procesal que se aloja en los artículos 31 y ss., a propósito del régimen de las restricciones a la capacidad de las personas. Allí sobresalen algunos principios específicos, como el que consagra los alcances amplios del derecho a participar en el proceso judicial que se reconoce a la persona encausada (artículo 31, apart. e), favorecida también por el deber del juez de garantizar la inmediatez personal con el interesado y más ampliamente, con los dilatados poderes-deberes que le corresponde ejercer en orden a la dirección e instrucción de la causa, incluyendo la flexibilización —“los ajustes razonables” del procedimiento de acuerdo a la situación de aquel— (artículo 35). Igual trascendencia cabe atribuir a la regla complementaria de las garantías que impone la “evaluación de un equipo interdisciplinario”, en sustitución de la tradicional pericia psiquiátrica (artículos 31 apart. c, 37, 41 apart. a). Principios, por otra parte, igualmente propios del Código de Vélez y de la LSM —Ley de Salud Mental— N° 26.657, que continua siendo el eje de todo el sistema (23).

3. *Reafirmación del modelo de la “justicia de acompañamiento”*

En la evaluación crítica de los principios procesales del C.C.C.N., en este tramo, puede aseverarse que resultan altamente positivos, en tanto vienen a acentuar el modelo de la justicia de protección o “de acompañamiento”, reflejado de modo principal en la tendencia a la publicización del proceso, con la correlativa ampliación de los poderes del juez, el principio de intermediación, la flexibilización y adecuación de las formas y la acentuación de las garantías del proceso justo, con la finalidad de asegurar la tutela efectiva de los derechos fundamentales involucrados. Son reglas particulares que dibujan la justicia “de acompañamiento” (24), en consonancia con el “paradigma protectorio” aludido en la presentación del anteproyecto (25).

IV. Irradiación de los principios generales y procesales del C.C.C.N. e incidencia en los ordenamientos procesales

1. *De nuevo (y concreción) sobre “principalismo”, “policromía normativa”, “microsistemas” y “diálogo entre las fuentes”*

Como hemos visto, el fenómeno de la “juridización” de la Constitución y la incorporación a las convenciones humanitarias trajo consigo el ascenso, bajo forma de principios y valores de textura abierta y concepción indeterminada, de derechos y situaciones antes relegadas a los preceptos infraconstitucionales. En correlato a tal “principalismo”, quedaron disponibles anchos márgenes para la interpretación judicial intersticial y aún creativa, acicateada por la imposición constitucional del deber de asegurar y tornar efectivos los derechos fundamentales en concreto. En particular, los “nuevos derechos” se incorporan al “*bill of rights*”, incluyendo aquellos más “sensibles” pertenecientes a personas o categorías en situaciones de especial vulnerabilidad (artículo 75, inc. 23 Constitución Nacional —CN—), en el marco de una jurisdicción protectora para la gestión y aseguramiento de los intereses públicos comprometidos (26).

En ese contexto de confluencia y acumulación de diferentes fuentes normativas constitucionales e infraconstitucionales y aún jurisprudenciales, se generan verdaderos sistemas o “microsistemas” de

(22) Falcón E. M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 532-536.

(23) Anteproyecto, Fundamentos, IV) Libro Primero. Parte general, Título I, capítulo 2. Capacidad.

(24) Falcón E. M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 185.

(25) “El proyecto busca la igualdad real y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables” (R. L. Lorenzetti).

(26) Nos permitimos remitir a La Jurisdicción protectora o “de acompañamiento”, RDP (Revista de Derecho Procesal), 2014-2, pp. 167 y ss.

protección, que involucran una multiplicidad de relaciones y situaciones regidas concurrentemente por una verdadera “poliromía” normativa. El derecho común y las leyes específicas (por caso, la LDC 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor— con sus modificaciones y las reglas locales de aplicación), el derecho administrativo, el derecho penal y el derecho procesal; esferas, todas ellas, engarzadas en relación de subordinación a los principios que dimanar de la Constitución y las convenciones. Queda todavía la tarea de conjugar armoniosamente tales ingredientes para configurar la unidad del ordenamiento jurídico. A esos fines la doctrina alemana pergeñó el concepto de “diálogo entre las fuentes” (27), a fin de expresar metafóricamente una actitud que se requiere del intérprete para armonizar los distintos planos preceptivos con la finalidad última de tornar operativos los derechos y garantías. Así, podemos representarnos el “dialogar” de los *principios fundamentales* que emergen de la Constitución y de las convenciones que ella arroja (artículo 75 inc. 23), junto con las diversas reglas normativas infraconstitucionales. Análisis confrontativo que asume el juez y en que realza la utilidad de la distinción básica entre *principios*, como guías o pautas directrices de razonamiento o mandatos de optimización, que desempeñan un rol superior y fundante en relación a las *reglas*, que les están lógicamente subordinadas. Diferencia cualitativa entre aquellos y éstas, que implica concentrar la atención, sobre todo, en los *conflictos de principios* y el método del *juicio de ponderación* con el que se los dirime (28). En ese sentido, el C.C.C.N. establece una “comunidad de principios” entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (29).

2. Impacto de los principios generales del Título Preliminar

Por su incidencia en los ordenamientos procesales importa analizar de modo especial los principios generales de buena fe y abuso del derecho (artículos 9 y 10, C.C.C.N.) (30). En ese análisis, ha de convenirse que el agregado del tercer apartado del último precepto resulta clave para perfeccionar en el plano legislativo y aún en vía interpretativa el sistema de prevención de la lealtad, probidad y buena fe que se exige de los litigantes (artículo 34 inc. 5, d, CPCN) y de sanción de la temeridad y malicia (artículo 45 y conc., Cód. cit.). Y, por otro lado, el principio general sustantivo tan ampliamente aceptado puede brindar soporte decisivo a diversas aunque concurrentes posturas interpretativas, que se vienen pergeñando desde la doctrina, orientadas hacia la simplificación del proceso y la aceleración de su desemboque para el logro de una justicia “temprana”, a tono con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y eficiente, que encarece la Constitución y las convenciones. Hemos de ver por separado ambos tópicos.

V. Responsabilidad por daños derivados del abuso del proceso

Debe conjugarse el derecho fundamental a la tutela judicial pronta y eficiente —principio de raíz constitucional y convencional— con el principio general del artículo 10, apart. tercero C.C.C.N., que impone al juez el *poder-deber* de evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva, incluyendo la que se plantea en el proceso. Semejante armonización se integra, además, con el correlativo poder-deber derivado de los preceptos procesales del artículo 34 inc. 4, apart. c, d y e, CPCN.

(27) Mosset Iturraspe J., Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes en *Rev. Der. Priv. y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni ed., Buenos Aires 2009-1, pp. 15 y ss.

(28) Alexy R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 82-90; 98-101; 160-161 y ss. Como expresara la CSN, “el juicio de ponderación constituye una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley” (22-4-2008, Fallos, 331:819, La Ley, 2008-C, p. 562).

(29) Lorenzetti R. L., *Aspectos valorativos...*, ob. cit., p. 581.

(30) Los ordenamientos procesales vigentes contienen numerosas disposiciones sustentadas en el principio general del abuso del derecho. Así, se consagra el criterio del mínimo sacrificio de los derechos del ejecutado (arts. 536, 206, CPCN), del cual se derivan los límites infranqueables que acotan la ejecución forzada. En esa línea, los artículos 574, 575 y 535, consagran la subasta progresiva, el sobreesimiento del juicio por el ejecutado aún con posterioridad a la subasta, favor debitoris. Y los mismos fundamentos sustentan las restricciones legales en la traba del embargo ejecutivo o ejecutorio (arts. 219, 220, 535, 203, 206, 208 y conc.). Conf.: Berizonce R. O., *Humanización del proceso y la justicia...*, EN: El proceso civil en transformación, LEP, La Plata, 2008, pp. 23, 27, 28.

En ese marco, el derecho de defensa supone su ejercicio de modo regular, funcional, colaborativo, a través de la actuación proba y de buena fe. A la inversa, la inconducta procesal y el abuso disfuncional de los instrumentos del proceso —incluyendo la articulación de proposiciones insustanciales o palmariamente inconsistentes—, no solo encuadran en las figuras y sanciones de la temeridad y malicia, sino que menoscaban el correcto desempeño y los propios objetivos de la función jurisdiccional, derivando en una cabal privación de justicia (31).

Ahora bien, la virtualidad operativa de tales principios que provienen de la CN y del ordenamiento sustantivo, requiere de la articulación de las vías procesales adecuadas. Como es sabido, el CPCN y los demás ordenamientos que siguieran sus aguas solo previeron la prevención y sanción de la temeridad y malicia (artículo 45 y conc.), empero no regularon la cuestión más amplia y abarcadora del conjunto de la problemática de la conducta contraria a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, que se nuclea bajo el rótulo del *abuso del proceso* (32). Precisamente, en ese terreno yermo ha avanzado el C.C.C.N. cuando en el mentado artículo 10 impone al juez el deber, no solo de evitar los efectos del ejercicio abusivo, sino además, en su caso, “procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

El mandato legal sustantivo autoriza de modo explícito, entonces, la reparación de los daños, y ello incluye sin duda los causados por el abuso del proceso (33). Se configura de ese modo un criterio de sanción específica (34) de singular utilidad cuyo formato procedimental deberán delinear los jueces en cada caso concreto. En tal sentido, cabe la aplicación analógica, en lo pertinente, del artículo 208 CPCN relativo al abuso en el pedido de medidas cautelares, que posibilita la decisión sobre el *andebatur* con remisión a la vía incidental para la determinación del *quantum*. Naturalmente, se requiere siempre solitud de parte; y la concurrencia de una responsabilidad subjetiva derivada de dolo o culpa (35). Cualquiera fuere el procedimiento escogido, se trata de una pretensión nueva —de resarcimiento— que toma su *causa petendi* de los hechos censurables producidos en el mismo proceso.

VI. El abuso del proceso como inconsistencia de las pretensiones u oposiciones, la “declaración palmaria de flagrancia” y la justicia “temprana”

Hemos ya referido, la aparición de diversas doctrinas que en vía de interpretación del abuso del proceso en general y sus efectos, postulan la aceleración de los desarrollos litigiosos y la “justicia temprana”.

1. Declaración palmaria de “flagrancia”

En esa dirección van propuestas recientes en torno la *flagrancia* como técnica de anticipación de la tutela del derecho (36), que posibilita diseñar una suerte de proceso “mutante” que permita alterar su formateo, según fuere lo acontecido durante su trámite, cada vez que concurran ciertas circuns-

(31) Berizonce R. O., *Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones...*, RDP, 2011-1, pp. 181 y ss.

(32) Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., *Códigos Procesales...*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª. ed., 1982, v. I, pp. 692-693.

(33) La responsabilidad por los daños procesales estaba ya regulada por el artículo 96 del Código Procesal Civil italiano, cuando la parte vencida ha actuado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, en cuyo caso el juez, a instancia de la contraria, la condena no solo a las costas sino también al resarcimiento de los daños, que liquida aún de oficio en la sentencia. Morello A. M., SOSA G. L. y Berizonce R. O., ob. cit., pp. 672-673. Sobre la interpretación del precepto: Carpi F. y Taruffo M., *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 5ª. ed., 2006, pp. 275-279.

(34) En verdad se trata de un remedio sustancial clásico que implícitamente enraizaba en el Código de Vélez. Claro que al presente la tendencia en la legislación procesal comparada conduce a la admisión de nuevos y más eficaces medidas —v. gr., multas procesales—. Conf.: Taruffo M., *El abuso del proceso: perfiles comparados en Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona - Buenos Aires, 2009, pp. 311 y ss. Asimismo, y especialmente sobre el régimen de la LEC española N° 1/2000: Picó i Junoy J., *El principio de la buena fe procesal*, J. M. Bosch ed., Barcelona, 2003, pp. 265 y ss.

(35) Couture E. J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1950, v. 3, pp. 235, 339. Peyrano J. W., *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil en Abuso procesal*, J. W. Peyrano director y J. A. Rambaldo coord., Rubinzal Culzoni ed., Buenos Aires, 2001, pp. 189 y ss.

(36) Peyrano J. W., *La flagrancia civil*, La Ley, 2014-B, supl. 12-3-2014, Columna de opinión.

tancias singulares que se configuran bajo el rótulo genérico de situaciones de “flagrancia”. Así, cuando se exhibe una fortísima atendibilidad de la pretensión, con el correlato de una notoria infundabilidad de la defensa u oposición, lo que genera *evidencia* que autoriza una “declaración palmaria de flagrancia”.

No se trata, entonces, de la aceleración corriente sustentada en la urgencia que lleva a una decisión provisoria y revocable, sino en todo caso de un procedimiento fundado en la *evidencia* y que se cierra con un pronunciamiento de fondo exhaustivo con fuerza de cosa juzgada. Situación excepcional que se da, vg. cuando se verifique la existencia de jurisprudencia obligatoria o precedentes reiterados que definan la materia en debate; o en supuestos de prueba “prevalente” decisiva (test de ADN en proceso de filiación), o más genéricamente en caso de un accionar de la demandada signado por el *abuso del derecho de defensa*. La declaración de flagrancia en tanto produciría diversos efectos en relación a la parte responsable, deberá contener una seria fundamentación, siendo susceptible de apelación con efecto suspensivo (37).

2. Moralidad, economía y evidencia

Aplicando un cartabón similar, se ha sostenido la procedencia de la ejecución provisional de la sentencia sujeta a recurso, no solo cuando aparecen configurados los presupuestos que condicionan las tutelas de urgencia, sino que también procede con sustento en el factor *evidencia*. El argumento encuentra sólido apoyo en las soluciones similares contempladas en el *certiorari* del artículo 280 CPCN, cuyo denominador común es, precisamente, la evidencia. Aplicando *mutatis mutandi* tales pautas, se postula la procedencia de la ejecución provisoria cuando la petición se formula en un contexto de evidencia que permita constatar que el alzamiento no tendrá finalmente andamio, en virtud de existir doctrina legal obligatoria; o inequívoca jurisprudencia de la CSN en sentido adverso al planteo formulado por el recurrente, sin que éste aporte argumentos que, en razón de su seriedad, sean susceptibles de modificar el criterio resultante; o que el recurso exteriorice el palmario propósito de retardar maliciosamente la culminación del procedimiento. Solución que, por otra parte, encuentra soporte en los poderes-deberes del juez en orden a mantener la igualdad de las partes, lo que conduce a superar la falta de equilibrio que resulta de la desigual posición en que se instalan vencedor y vencido; y, fundamentalmente, en la operancia de los principios de moralidad y economía (artículos 34 inc. 4, apart. c, d y e, CPCN) (38).

3. Insustancialidad de las pretensiones u oposiciones y justicia “temprana”

En una mirada abarcadora y en coincidencia con lo anterior, puede afirmarse que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que supone la decisión tempestiva del conflicto, en tiempo razonable, requiere de la operatividad de diversas técnicas procesales de anticipación de la tutela tendientes en general a la simplificación de los trámites, con la finalidad de racionalizar la distribución del *onus* del tiempo del proceso. He ahí el fundamento último de la inhibición de las proposiciones abusivas de las partes, y aún del exceso del ejercicio de las propias potestades judiciales. La inconducta procesal y el abuso disfuncional de los instrumentos del proceso no solo encuadran en las figuras y sanciones de la temeridad y malicia, sino que menoscaban y ofenden el correcto funcionamiento y los propios fines y objetivos públicos de la función jurisdiccional.

Las técnicas de anticipación de la tutela del derecho procuran equilibrar la situación de las partes, cuantas veces el conflicto muestra de modo manifiesto que mientras una de ellas sostiene sus postulaciones de manera seria y sustentable, la otra, por el contrario, alega tan solo proposiciones o defensas que se exhiben de un modo patente como inconsistentes, infundadas. En la confrontación de ambas surge la evidencia del derecho, que pone al desnudo no solo la sinrazón de quien alega tan solo mo-

(37) Peyrano J. W., ob. y lugar cit.

(38) De Lázari E. N., *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia*, La Ley, 2013-F, 585.

tivos manifiestamente febles, livianos, carentes de seriedad, insustanciales, sino además un *ejercicio antifuncional y abusivo de las prerrogativas procesales*.

Las aludidas técnicas de anticipación son susceptibles de aplicarse en todo tiempo a los diferentes estadios del proceso, toda vez que se configuren situaciones típicas de *evidencia e inconsistencia* —sea en el curso de las etapas diversas del proceso de cognición; tanto como a título cautelar o anticipatorio; en las instancias recursivas ordinarias o extraordinarias— (39).

4. Incidencia del artículo 10, C.C.C.N.

La consagración enfática ahora, como principio general, de abuso del derecho (artículo 10, C.C.C.N.), reafirma sin duda el fundamento de todas las tesis que venimos analizando. Falcón ha resaltado la relación entre el abuso del derecho en el campo sustancial y las instituciones del proceso. Así, como elemento a considerar en el progreso de una cautelar, o en los procesos colectivos (artículo 14, apart. final, 240, C.C.C.N.). En lo demás, la inclusión del abuso del derecho en la parte general del nuevo ordenamiento del abuso del derecho en la parte general del nuevo ordenamiento hace necesario considerar este instituto como un elemento a tener en cuenta en cada uno de los derechos que acuerda el ordenamiento (40). Del mismo, se puede afirmar que en la necesaria adecuación de los ordenamientos procesales por venir, deberá articularse soluciones, técnicas y procedimientos a través de los cuales se instrumente la operancia de aquel principio general. Mientras tanto, cabe a los jueces, aún en vía de creación pretoriana, aplicar el mandato del artículo 10, C.C.C.N., en consonancia con la garantía fundamental de la tutela judicial eficiente.

VII. Conclusiones

Finalmente, a guisa de sintéticas conclusiones:

El fenómeno de la “juridización” de la Constitución, supuso no solo el “ascenso” de los nuevos derechos jerarquizados sino, además, una suerte de proliferación de principios y valores, verdaderas normas fundantes de todo el ordenamiento. Lo cual ha tenido profunda incidencia sobre la concepción clásica de las fuentes del derecho y la misión de los jueces como intérpretes últimos de los consensos básicos que tales principios enuncian.

En paralelo, el Código Civil y Comercial de la Nación incorpora en su Título Preliminar principios generales, complementarios de los supremos y que participan de las mismas notas típicas en tanto constituyen normas abiertas, conceptos jurídicos indeterminados. En su confluencia se articulan, junto con las reglas infraconstitucionales, verdaderos “microsistemas” de protección, que a su vez generan la necesidad de su armonización.

En los principios generales recogidos en el Título Preliminar se destacan las cláusulas generales de la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley (artículos 9, 10, 12, CC y CN), las cuales producen profunda incidencia en el régimen de los ordenamientos procesales, junto con otros diversos principios y reglas que se diseminan en todo el cuerpo sustantivo —vg., procesos de familia, de restricción a la capacidad, etc.—.

El principio general que proscribe el abuso del derecho impacta de lleno en el sistema procesal, superando el esquema tradicional asentado en la prevención del abuso instrumental configurado por la conducta temeraria y maliciosa y su sanción. Se abre camino, a partir de los artículos 9 y 10 C.C.C.N., a la responsabilidad por los daños sufridos a consecuencia del ejercicio abusivo de las prerrogativas

(39) Para una fundamentación más acabada, nos permitimos remitir a Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones..., RDP, 2014-1, pp. 181 y ss. Asimismo: Marinoni L. G., Anticipação da tutela, *Rev. Edit. dos Tribunais*, São Paulo, 2008, 10ª. ed., pp. 273 y ss.

(40) Falcón E. M., *El Derecho Procesal...*, ob. cit., pp. 182-184.

procesales o de las situaciones jurídicas abusivas. En tales casos, corresponde la aplicación analógica del artículo 208, CPCN.

La virtualidad expansiva de los principios generales de los artículos 9 y 10, C.C.C.N., en consonancia con el derecho fundamental a la tutela judicial eficaz y eficiente, en tiempo oportuno, sustenta las diversas propuestas que alienta la doctrina y que pueden articular los jueces con la finalidad del mejor cumplimiento de los fines del proceso: la declaración de “flagrancia”, las tutelas anticipadas fundadas en la evidencia del derecho, la ejecución provisional de la sentencia sujeta a recurso, las declaraciones de insustancialidad de las pretensiones u oposiciones en los diversos supuestos que se han analizado, entre otras. Sin perjuicio de su incorporación normativa en la ahora imprescindible adecuación de los ordenamientos procesales.

VIII. Bibliografía

ALEGRIA, H. (2010). *Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial*. Buenos Aires: La Ley, 2010-C, 835-842.

ALEXY, R. (1998). “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, EN: *Doxa*, Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, p. 145.

— (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Trad. M. Atienza y I. Espejo, p. 349.

ALTERINI, A. A. (2007). *Respuestas antes las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces*. Buenos Aires: La Ley, 2007-F, pp. 1338 y ss.

BERIZONCE, R. O. (2008). “Humanización del proceso y la justicia (la efectividad de los derechos sociales)”, EN: *El proceso civil en transformación*. La Plata: LEP, pp. 23, 27, 28.

— (2011). “Abuso del proceso como insustancialidad de las proposiciones y técnicas de abreviación de los trámites”, EN: *Revista de Derecho Procesal-I*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni ed, pp. 181 y ss.

CARRIÓ, G. R. (1994). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 10.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Fallos: 138:157; 190:124; 200:203; 244:527, entre otros.

COUTURE, E. J. (1950). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar, v. 3, pp. 235, 339.

DE LAZZARI, E. N. (2013). *La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y de evidencia*. Buenos Aires: La Ley, 2013-F, p. 585.

DWORKIN, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. Trad. M., Guastavino, pp. 72,190.

FALCON, E. M. (2014). *El Derecho Procesal en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 150-153.

GIL DOMINGUEZ, A., FAMA, M. B. y HERRERA, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia*, v. I y II. Buenos Aires: Ediar.

GUZMÁN, N. L. (2011). “Legalismo y constitucionalismo: como límites conceptuales en la interpretación de los principios procesales en un Estado Democrático de Derecho”, EN: Berizonce R. O. (coord.) *Los Principios Procesales*. La Plata: LEP - Librería Editora Platense—, pp. 6-7.

LLOVERAS, N. y SALOMON, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: ed. Universidad.

LORENZETTI, R. L. (1995). *Las normas fundamentales del derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 268.

— (2003). *Fundamento constitucional de la reparación de daños*. Buenos Aires: La Ley, 2003-C, 1185 y ss.

— (2008). *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni ed., pp. 21 y ss.

— (2012). *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley, 2012-C, 581 y ss.

MARINONI, L. G. (2006). “Teoría geral do processo”, EN *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pp. 47-53.

MERCADER, A. A. (1939). *Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento*. Buenos Aires: Ejea, pp. 73 y ss., 115 y ss.

MORELLO, A. M., SOSA, G. L. y BERIZONCE, R. O. (1982). *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, v. I, pp. 692-693s.

MORELLO, Augusto M. (2004). “El Derecho privado en su relación con el Derecho Procesal desde la visión constitucional y transnacional (¿Constitucionalización del Derecho Civil o “civilización” del Derecho Constitucional?)”, EN: Morello A. M., Sosa G. L. y Berizonce R. O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot /LEP, v. X-A, p. 349.

MOSSET ITURRASPE, J. (2009-1). “Del “micro” al “macro” sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes”, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni., pp. 15 y ss.

PEYRANO, J. W. (2001). *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil en Abuso procesal*, J. W. Peyrano director y J. A. Rambaldo (coord.), Buenos Aires: Rubinzal Culzoni ed., pp. 189 y ss.

— (2014). “La flagrancia civil”, EN: *La Ley*, B, supl. 12-3— Columna de opinión. Buenos Aires: La Ley.

RIVERA, J. C. (1994). “El Derecho Privado Constitucional”, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. Nº 7. pp. 52 y ss.

— (2006). *Estudios de Derecho Privado (1984-2005)*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 275 y ss.

— (2005). *Globalización y derecho. Las fuentes del derecho de los contratos comerciales*. Buenos Aires: La Ley, 2005-F, pp. 1105 y ss.

STRECK, L. (2009). *Verdad y consenso. Constitución, hermenéutica y teorías discursivas*. Lima: Ara ed. Trad. A. Álvarez Aranda, p. 48.

VIGO, R. L. (2012), *Fuentes del derecho en el Estado de derecho y el neoconstitucionalismo*. Buenos Aires: La Ley, 2012-A, pp. 1012 y ss.

ZAGREBELSKY, G. (2005). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta. Trad. M. Gascón. p. 110.

El nombre y la adopción

POR **KARINA A. BIGLIARDI** (*)

Sumario: I. Definiciones. — II. El nombre de pila - prenombre. — III. Apellido del adoptado por adopción plena. — IV. Apellido del adoptado por adopción simple. — V. Apellido del adoptado por adopción de integración. — VI. Reflexiones finales. — VII. Bibliografía.

I. Definiciones

La adopción es definida por el Código Civil y Comercial (ley 26.994) como la institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

En relación al nombre podemos definirlo como la designación, a los efectos de la identificación in-dubitada de la persona dentro de su entorno familiar, social y jurídico, de características obligatorias de acuerdo a las preceptivas legales en la materia (De Francesco, 2013: 27 ss.).

El artículo 62 del Código Civil y Comercial —C.C.C.N.— establece que la persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponde.

El desarrollo del instituto del nombre en el ordenamiento jurídico ha avanzado desde erigirse como atributo de la personalidad hasta constituirse como un derecho humano fundamental. Este reconocimiento ha implicado una mayor obligación para los Estados en cuanto a su deber de reconocerlo, legislar al respecto y generar las instituciones necesarias para su registro y funcionamiento (Mazzoni y Ripa, 2015-III: 15 ss.).

En el caso del nombre de las personas adoptadas hasta la aprobación del C.C.C.N. existían cuatro normas que lo regulaban: la Ley 18.248 del Nombre (derogada ley 26.994), la Ley 24.776 de Adopción, la Ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario. Hoy lo referente a este tema se encuentra contemplado en el Código Civil y Comercial. En el presente trabajo abordaremos cuáles fueron las formas en que las normas citadas regularon el nombre del adoptado y como está regulado en la actualidad, teniendo especial consideración que este tema está inmediatamente relacionado con el derecho a la identidad del niño.

II. El nombre de pila - prenombre

El artículo 13 de la ley 18.248 establecía que en los casos de adopción de niños menores a 6 años los adoptantes podían cambiar o adicionar otro prenombre. Si el adoptado tenía más de 6 años solo admitía que se pudiera adicionar un segundo prenombre. Por su parte la ley 24.779 no dedica ninguna norma al prenombre del adoptado.

La posibilidad de cambiar el prenombre del niño hasta la edad de los 6 años, o adicionar un segundo nombre merecía un reproche a la luz del derecho a la identidad que se encuentra legislado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en razón de que un niño responde a temprana edad a su nombre, constituyendo un elemento fundamental de su identidad.

(*) Prof. Adjunta de Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Secretaria y docente de la Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Secretaria de la Asesoría de Incapaces N° 1 del Departamento Judicial de La Plata.

El Código Civil y Comercial en el artículo 68 del Título I —Persona Humana— establece que el nombre del hijo adoptivo se rige por lo dispuesto en el Capítulo 5, Título VI del Libro Segundo.

Por su parte el artículo 623 instituye que el prenombre del adoptado debe ser respetado, excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado. El juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

La actual normativa instituye el principio de la no modificación del prenombre, es decir respetar el otorgado por los padres biológicos, quedando habilitado su cambio solo por razones fundadas, las que deberán ser meritadas por el juez.

El principio establecido acerca del deber de respetar del nombre de pila del adoptado es extensivo para los tres tipos adoptivos.

III. Apellido del adoptado por adopción plena

La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, es irrevocable. Es admisible la interposición de la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

El artículo 326 del Código Civil regulaba lo relacionado al apellido que llevará el adoptado por adopción plena, estableciendo soluciones para distintos supuestos que se puedan presentar. Su texto decía:

“El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En uno y en otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho años solicitar esta adición. Si la adoptante fuese viuda cuyo marido no hubiese adoptado al menor, éste llevará el apellido de aquélla, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el de casada”.

Es decir, en el caso de que sea una sola persona la que adopta, el hijo llevará el primer apellido del adoptante, pudiendo llevar el apellido compuesto del adoptante si éste solicita su agregación.

Para el supuesto de que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a requerimiento de éstos podrá el adoptado llevar el primer apellido o el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva.

Por la ley 26.618 se incorporó que si los adoptantes son un matrimonio de personas del mismo sexo, ellos podrán elegir el apellido que llevará su hijo adoptivo. Dentro de las opciones que otorgaba la norma se encontraba que el adoptado lleve el apellido compuesto de uno de los cónyuges o agregar al primer apellido de uno de ellos —el que irá en primer lugar—, el primero del otro esposo. En el caso que los adoptantes no pudieran ponerse de acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, la norma, se resolvía estableciendo que el niño deberá llevar los apellidos de ambos adoptantes en orden alfabético.

Debemos aclarar que esto sucedía con el primer hijo, ya que el tercer párrafo del artículo comentado establecía que todos los hijos deben llevar el o los apellido/s y la integración compuesta que se hubiera decidido para el primero de los hijos.

Esta normativa encontró cuestionamientos por parte de los adoptados y adoptantes. El Tribunal de Familia Nº 2 de La Plata, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 326 del Código Civil y 12 de ley 18.248 y procedió a conceder la adopción plena solicitada con todos los efectos previstos por la ley respecto a dicha adopción, pero permitiendo para el caso particular al joven adoptado (19 años al

momento del dictado de la sentencia), adicionar a su apellido biológico (E.) el apellido de su padre adoptivo (O.) (1).

El artículo 626 del Código Civil y Comercial regula lo referente al apellido del hijo por adopción plena. Se rige por las siguientes reglas:

a. Si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido.

b. Si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales.

c. Excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta.

Es decir, si es una adopción unipersonal, se continúa igual que con la normativa anterior: el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante, si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que se mantenga.

Si la adopción es conjunta, rige la regla de hijos matrimoniales, es decir primer apellido de alguno de los cónyuges, el que ellos acuerden; en el caso de que no haya acuerdo, se hace sorteo en el Registro de las Personas. A pedido de los padres o del hijo, se puede agregar el apellido del otro progenitor.

Se continúa con la regla de que todos los hijos del mismo matrimonio deben llevar el mismo apellido, esto resulta apropiado a la luz de la función que tiene para nuestra sociedad el apellido.

Excepcionalmente, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta. Resulta muy importante la contemplación de esta posibilidad porque si bien no podemos dejar de reconocer que la atribución del apellido del adoptante al adoptado, evidencia el estado de hijo del adoptado, tampoco podemos desconocer que la adopción puede llevarse a cabo cuando el menor de edad sea adolescente y con ello haber sido conocido en sus ambientes con el apellido de origen constituyendo el mismo parte de su identidad, y por tanto tenga intenciones de conservarlo.

En todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión, esto es a la luz de lo normado en el artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño.

En el caso de adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores, el Código Civil y Comercial, establece en el artículo 605 que cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

IV. Apellido del adoptado por adopción simple

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes.

(1) "E. C. E. s/ Adopción", 25 de septiembre de 2009. Fallo sin publicar.

A diferencia de la adopción plena, en la adopción simple no se menciona en qué supuestos procede. Se establece que va a tener los siguientes efectos: la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño; el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos; el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sino se efectúa ninguna petición se rige por las reglas de la adopción plena.

La norma reguladora del apellido del adoptado por adopción simple era el artículo 332 del Código Civil que establecía que este tipo de adopción impone al adoptado el apellido del adoptante, pudiendo el adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad agregar el de su familia de origen.

Esta norma se limita al caso de adopción simple unipersonal, estableciendo la imposición del apellido del adoptante, no contemplando la posibilidad de un apellido compuesto, ni de que la adopción sea por parte de cónyuges.

Tampoco la reforma efectuada por la ley 26.618 resultó abarcadora de las situaciones que podrán generarse con la adopción simple por matrimonios de personas del mismo sexo, como sí lo fue para la plena; esto en razón de que al artículo 332 que aborda este tema, como ya lo hemos expuesto, se le efectuó una adecuación de terminología, pero no dio una solución para el apellido que llevará el niño adoptado por adopción simple por un matrimonio homosexual.

Para dar solución a las situaciones que se planteaban se aplicaba lo normado en los artículos 4 y 12 de la ley 18.248. El artículo 12 de la Ley del Nombre no diferenciaba entre los dos tipos de adopciones, por lo que resultaba aplicable tanto a la simple como a la plena, sólo que en este último caso no resultaba necesario recurrir a este artículo ya que el artículo 326 del Código Civil da solución a los supuestos que se presentan con la adopción por matrimonio igualitario. Este artículo prevé para el caso en que los adoptantes sean cónyuges registrará lo previsto en el artículo 4 de la ley 18.248, que establece que los hijos de los matrimonios igualitarios llevarán el primer apellido de alguno de ellos; a pedido de éstos podrá inscribirse el apellido compuesto del cónyuge que tuviera el primer apellido o agregarse el del otro cónyuge; si no hubiese acuerdo acerca de qué apellidos llevará el adoptado, si ha de ser compuesto o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente.

El artículo 627 del C.C.C.N. menciona los efectos que produce la adopción simple, entre ellos que el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena.

En función del concepto y los efectos de la adopción simple, en el tema del apellido de los hijos se invierte la regla establecida para el caso de la adopción plena en materia de nombre, ya que el principio es que a petición de parte —adoptado y/o adoptantes— se mantendrá el apellido de origen y se faculta a “reubicarlo” pudiéndose adicionar o anteponer el apellido de los adoptantes; si nada se expresa se aplica la regla del artículo 626 C.C.C.N.

La adopción simple puede ser revocada, en este caso el adoptado en principio, pierde el apellido del adoptante. Decimos en principio, ya que si el adoptado alega que por su derecho a la identidad desea preservarlo, deberá escucharse este requerimiento.

V. Apellido del adoptado por adopción de integración

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente. En este tipo de adopción siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

En relación a los efectos entre el adoptado y el adoptante, se prevé que si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena. Las

reglas relativas a la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

Además de las reglas generales, en la adopción de integración rigen las siguientes reglas: a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho; d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad; e) no se exige previa guarda con fines de adopción; f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.

La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

La norma nada dice en relación al apellido del niño adoptado por adopción de integración, y como se especificó en párrafos anteriores, la misma puede tener los efectos de la adopción plena o simple.

Entendemos que el principio aplicable debe ser el establecido para la adopción simple, es decir, que cuando el adoptado cuente con la edad y grado de madurez suficiente o el adoptante, puede solicitarse que se mantenga el apellido de origen, se agregue el del adoptante al de origen antes o después.

VI. Reflexiones finales

El nombre del adoptado ha tenido distintas soluciones en las diferentes normas que abordaron su regulación, algunas de las cuales con la incorporación de los tratados internacionales en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entraron en franco conflicto con el derecho a la identidad de las personas.

Esto se vio reflejado en la jurisprudencia, en la cual se fueron sucediendo diferentes fallos que armonizaron este derecho constitucional con la normativa vigente. En este sentido se expidió la Corte Suprema de Nación en la causa “Torres”. En primera instancia se otorga la adopción de un joven, pero el adoptado manifiesta que desea conservar el apellido de su familia de sangre, lo que es denegado por el Registro Civil de las Personas al momento de registrarla sentencia. El juez deniega la autorización para inscribir así y solicita que se haga con el apellido de la adoptante. Esta última y la Asesora apelan y solicitan que la adopción se otorgue en el carácter de simple a los fines de conservar el apellido y la Cámara confirma el fallo de primera instancia. La Corte decide otorgar la adopción simple y en cuanto al tema que nos ocupa expone:

“El adoptado ha alcanzado ya la edad de 19 años, desde su infancia ha respondido al apellido de su familia biológica, y ha sido víctima de un desgraciado accidente automovilístico que le dejó secuelas físicas y psíquicas irreparables —dificultades en el habla, en la movilidad y en su desarrollo—, a raíz de lo cual fue sometido a traumáticas intervenciones quirúrgicas e internaciones, por lo que el corte del nexo subsistente con aquella familia y el cambio de apellido que implica la adopción plena podrían traerle aparejados serios trastornos al verse afectada tan íntimamente su propia identidad. Identidad que, en las peculiares circunstancias del caso, no está representada exclusivamente por su aspecto legal derivado de la adopción sino también por el biológico resultante de su filiación y sus lazos de origen, dada la relación que mantiene con su madre” (Torres, 2000).

Entendemos que el Código Civil y Comercial, que entró en vigencia el primero de agosto de 2015, receptó la importancia que tiene el nombre como derecho constitucional en los términos del artículo 18 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre (2) y otorga soluciones de acuerdo con las nuevas conformaciones familiares.

(2) Artículo 18. Derecho al Nombre: Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

VII. Bibliografía

DE FRANCESCO, Fernando (2013). “El nombre de las personas físicas: concepto, evolución histórica. Naturaleza Jurídica, teorías”, EN: Bigliardi y Verde de Ramallo (dir.) *Aspectos constitucionales y civiles del nombre*. Buenos Aires: Ed. la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

MAZZONI, Julieta y RIPA, Marianela (2015). “El Derecho al nombre y las vías para su reclamo judicial”, EN: *Revista de Derecho de Familia*. III. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

TORRES, Alejandro Daniel (2000). *Sobre adopción, Recurso de Hecho*. Sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, T. 70. XXXIV, 15 de Febrero. [on line]. Disponible en: www.csnj.gov.ar.

Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho agrario, en los recursos naturales y en el derecho ambiental

POR LEONARDO FABIO PASTORINO (*)

Sumario: I. Introducción: antecedentes e importancia del nuevo Código para el derecho agrario, los recursos naturales y el derecho ambiental. — II. Sistematización de las materias y las fuentes. — III. Contratos agrarios. — IV. Empresa agraria, libros y actividades conexas. — V. Empresa agraria, unidad económica y régimen de los bienes agrarios en el derecho de familia. — VI. Dominio de los recursos naturales. — VII. Otros derechos reales. — VIII. La responsabilidad civil. — IX. Bibliografía. — X. Legislación.

El nuevo Código Civil y Comercial define el régimen dominial de los recursos naturales que participan de la producción agraria y, a la vez, integran el ambiente. Impacta en el derecho agrario al ser de aplicación supletoria y también por regular instituciones que, en cierta medida, afectan la producción o son de uso frecuente por parte de los productores. Determina unos principios generales y de interpretación que reflejan consecuencias también en la legislación especial. Surgen de sus disposiciones directas implicancias para los contratos agrarios regulados en la ley 13.246, para los atípicos o innominados y para otros que tienen en tipos definidos por el Código un esquema básico que luego se complementa con las particularidades de la actividad. También, se regulan contratos que pueden potenciar la organización empresarial. El derecho de familia también toca la organización empresarial y, en particular, existen novedades para la afectación del campo, la atribución preferencial del establecimiento agropecuario y el carácter propio de las crías del ganado. Se obliga al empresario agrario a llevar contabilidad y también surgen disposiciones de interés en el Libro de los derechos reales. En materia ambiental ha concretizado una interesante restricción al uso de los bienes —sean privados o sean públicos— en tutela del ambiente y un conjunto específico de valores ambientales. Asimismo, modifica el régimen de la responsabilidad por daños a través del ambiente.

I. Introducción: antecedentes e importancia del nuevo Código para el derecho agrario, los recursos naturales y el derecho ambiental

No es ocioso recordar que los intentos de unificación de los códigos civil y comercial o, como prefieren algunos autores, del derecho privado, han tenido siempre presente el modelo concretizado en Italia en 1942.

Aquel Código concentró las relaciones jurídicas sustanciales entre privados, no sólo en estas dos materias tradicionales y centrales, sino en aquellas que, derivando del civil, se especializaron en la primera parte del Siglo XX, las laborales y agrarias, dejando la reglamentación administrativa de todas ellas para leyes especiales.

En Argentina, los antecedentes de la unificación no dejaron de lado aquella referencia, si bien en ninguno de los casos se llegó a plasmar en los proyectos, como tampoco sucede en el código definitivamente sancionado, el modelo acabado en Italia, respecto al reconocimiento de un régimen especial para el empresario agrario, del que derive un sistema organizacional de la materia. En efecto, el sistema del Código Civil italiano contempla una definición genérica de empresa y dos subtipos de empresario, el comercial y el agrario. De la definición de empresario agrario, y motivado con altos fines de política

(*) Prof. Titular Ordinario de Derecho Agrario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular regular de Derecho Agrario, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPAM.

sectorial, deriva un régimen particular y de favor para el mismo (Pastorino, 2011). De igual modo, el Código italiano determina, en su cuerpo, los contratos particulares para la constitución de la empresa agraria y las restantes normas substanciales que la rigen, dentro de las que cabe mencionar la regla principal que constituye el beneficio de no ser, el empresario agrario, sujeto pasible de concurso o quiebra. Estos antecedentes motivaron un seguimiento profundo por parte de Aldo Casella (1998), de la recepción en los anteriores proyectos de unificación argentinos del concepto de empresa agraria, de tal importancia, que me permití gestar su publicación para facilitar su estudio y, más aún, su conocimiento, debido al generalizado desinterés por el derecho agrario por parte del conjunto de la doctrina jurídica argentina.

En el nuevo Código Civil argentino no se recepta esta concepción. Tampoco, se aclara qué sucede con el derecho agrario ni con la actividad que rige, pareciendo ser que se le ha dejado un margen de identidad y autonomía por fuera del Código perviviendo bajo la lábil estructura de dispersas leyes y normas especiales. Ello no obstante, el nuevo Código contiene muchas más referencias que el derogado a lo “agropecuario” —vocablo que destrata los esfuerzos de la doctrina agrarista por definir la actividad agraria, como objeto de regulación de la materia, si bien es un término de uso común en el lenguaje vulgar—. Así como también innova en muchos aspectos del derecho substancial civil y comercial, de fuerte impacto, por su utilidad y seguro uso, para dicho sector. A ello debe sumarse que la nueva legislación importa un cambio significativo y de necesario estudio y profundización por el destino supletorio que le asignan al Código Civil las leyes agrarias especiales.

Pero producido este impresionante cambio de sistema en la legislación argentina, ya muchos años después de aquél antecedente italiano, el otro aspecto a tratar es el de la recepción de la cuestión ambiental y su posible efecto, no sé si tanto en el derecho ambiental mismo que debe regirse principalmente por las leyes de presupuestos mínimos, por la Constitución y los tratados, sino por el trascendental giro que le da a los institutos propios del derecho civil, la propiedad y los restantes derechos reales. Me refiero a la introducción de una nueva concepción que puede ser identificada como de la función ecológica de dicha propiedad —privada y también pública—. Cambio profundo y acertado, que resulta fundamental para las ideas de aquellos que pregonamos que el fin productivo de la actividad agraria se conciba desde sus orígenes, imbuido de los límites y leyes propias de la naturaleza que indefectiblemente le dan un marco. Pero que a la vez, tal vez por estar en tiempos aún de bisagra, esta nueva concepción en el Código Civil y Comercial se ha quedado a mitad de camino. De ello da cuenta el tratamiento que el mismo Código da al régimen dominial de los diferentes recursos naturales que trata, como también de aquellos que no trata o regula en forma demasiado indirecta.

También, aparecen coletazos de época que no terminan de constituirse en regímenes completos en materia de responsabilidad ambiental y recepción de la cuestión indígena.

Trataré de sistematizar y presentar estas cuestiones.

II. Sistematización de las materias y las fuentes

Como empecé a señalar en la introducción, el Código —aún con reflejos en las materias de las que me ocupo— se ha ceñido, desde su propio título al derecho “civil y comercial”. Parece dejar por fuera al derecho agrario, como también al derecho ambiental. Sobre el primero, no obstante, ha tomado una definición importante: ha descartado la configuración de un sujeto particular, como es el empresario agrícola en Italia y todo parece entrever que dicho sujeto debe adoptar alguna forma organizacional de las previstas por el Código mismo o por la Ley de Sociedades Comerciales. Sobre lo último, vale la pena apuntar la posibilidad innovadora de constituir una empresa unipersonal (ver el nuevo artículo 1 de la ley 19.550 con la modificación introducida por el Anexo II de la ley 26.994). No solo ha descartado la propuesta de un tipo de sociedad agraria, sino que también, ha hecho desaparecer la sociedad civil. Podría pensarse, entonces, que no ha tomado por completo el derecho agrario ni lo ha integrado al sistema del derecho privado, pero que si ha pretendido colonizarlo y determinarlo, con merma de su autonomía actual y potencial, bajo su propio manto.

Respecto al derecho ambiental, lo ha preservado en su propio sistema especialmente configurado por la Constitución Nacional, los convenios internacionales y las leyes de presupuestos mínimos (artículo 241) —quizás en el entendimiento que dicho sistema está más claramente vinculado al derecho público ambiental— pero también, ha querido expandir novedosos aires sobre todo el derecho privado introduciendo en su cuerpo la temática ambiental a través de su trascendental reforma, expresada en sus artículos 14 y 240 —que a continuación se reseñará— y ha receptado cierto impacto del derecho ambiental en el derecho civil, dando signos de actualización de verdadera ósmosis entre los diferentes y tradicionales parcelamientos del derecho. Así, ha efectivizado un cambio paradigmático haciendo real el afán preventivo que, si bien se pregonaba como desiderátum de la responsabilidad civil, ha tomado dimensiones concretas a partir de la llegada del derecho ambiental y de su indiscutido principio de prevención.

El artículo 14 introduce la máxima que expresa que “la Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”. En igual sintonía pero con mayor énfasis y detalle el artículo 240 expresa que:

“El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª (es decir los bienes en general, más allá de ser del dominio de los particulares o del dominio público o privado del Estado Nacional, provinciales o municipales) debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros según los criterios previstos en la Ley especial”.

Es de hacer notar que se trata de dos mandatos diferentes, el de cumplir con la legislación administrativa pero también, y más allá de aquella, el de no afectar el sistema ambiental, recogiendo de tal modo las enseñanzas doctrinarias y jurisprudenciales que imponen respetar el derecho colectivo de la tutela ambiental más allá del estricto respeto al poder de policía. Con estas disposiciones, el Código ha expandido en el derecho agrario y en el derecho ambiental y, más precisamente, en el sector agro-ambiental, un fuerte postulado que obligará a cambiar el modo de pensar las instituciones propietarias privilegiando lo colectivo sobre lo individual, al reconocer que existen, a la vera de los derechos individuales más tradicionalmente estelares en el viejo Código.

Para el microsistema agrario es de rescatar que el Código deja vigente la mayoría de las leyes propias, en especial remarco la de los contratos agrarios que podrían haber sido introducidos o afectados por esta renovación de los derechos reales y personales substanciales. Por otro lado, el código ofrece tres aspectos que creo dignos de ser vigorizados para fortalecer la autonomía del derecho agrario: 1) que las relaciones jurídicas deben ser resueltas por las leyes que resultan aplicables y teniendo en cuenta la finalidad de la norma; 2) que reconoce carácter vinculante a los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes refieren a ellos y en situaciones no regladas por las normas positivas y 3) que para la interpretación de la ley, además de las palabras y finalidad de la norma, deben considerarse las leyes análogas y los principios y valores jurídicos (artículos 1 y 2).

El valor de los usos y costumbres agrarios es de por más conocido para los cultores de la materia. A ellos vuelve a referirse el Código para la materia contractual en el artículo 964 inc. c al decir que también el contrato se integra con los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable. En el comercio de granos son importantes para sistematizar, difundir y normatizar los usos y prácticas, *reglas y usos del comercio de granos*.

El reclamo a las leyes análogas puede fortalecer el microsistema agrario al afianzar, precisamente, principios comunes de la materia en base a los fines agrarios propios: productividad, desarrollo social y protección ambiental. Así, por ejemplo, podrá intervenir el orden de prelación normativa del contrato

asociativo de explotación tambera, que según su propia ley 25.169, no contempla como supletoria a la Ley de Contratos Agrarios, 13.246 con la que tiene, sin dudas, mayores similitudes —especialmente en las figuras de la aparcería pecuaria— que con cualquier otra figura del Código Civil a la que remite (artículo 2). Este estudio analógico, como dije, puede dar sinergia a la consolidación de los principios propios de la materia a los que la doctrina agrarista debe volver a recurrir y estudiar.

También, entiendo que, junto al principio que impide el abuso del derecho, el específico que impide abusar de posición dominante en el mercado tiene un destino venturoso para desarrollar buena doctrina y jurisprudencia en el sector agrario. Ya he sostenido que la actividad agraria, per se, más allá de quién la realice, está naturalmente llamada a sufrir una debilidad intrínseca de parte de los restantes eslabones de la cadena de protección (Pastorino, 2012). Por ello, existe un orden público agrario general, debido a los fines sociales que la producción agraria realiza y también es necesario concretar, con normas específicas, el orden público en relaciones de especial desigualdad. En las relaciones de interface, producción-comercio; producción-transformación y producción-logística, el sector agrario suele quedar en desventaja y sometido a posiciones de dominación. En especial, creo de interés señalar la posibilidad de expandir este principio a relaciones como las surgidas en el contrato de maquila y otros contratos agro-industriales (Pastorino, 2009) y aplicar el principios en muchos contratos no legislados donde se pueden dar situaciones de desigualdad en perjuicio del sector productivo primario, como he comentado para el caso del contrato de integración avícola (Pastorino, 1998).

III. Contratos agrarios

Ya entrado en este tema, porque en definitiva no deja de ser uno de los ejes centrales del derecho agrario, importa rescatar que las leyes especiales que se cuentan en Argentina, han quedado todas en vigencia (Facciano, 2015 y Wilde, 2015). Menciono en especial la más tradicional ley 13.246 que contempla el arrendamiento, las aparcerías agrícola y pecuaria, la mediería, los contratos accidentales y el contrato ad meliorandum. Respecto al último, no obstante, cabe decir que, si bien vigente, podría ser fuertemente impactado por el artículo 1197 del nuevo Código que impone un plazo máximo general a todos los contratos que no tengan destino habitacional, haciéndole perder la razón de ser a este contrato especial que sobre la figura del arrendamiento o la aparcería con cesión de uso y goce del predio, lo que innovaba era en el plazo mayor de hasta 20 años en caso de realizarse mejoras que pudieran postergar la producción en por lo menos 3 años. Hoy, no sería necesario pensar en el requisito de las mejoras si por regla general se pueden realizar contratos de hasta 50 años cuando la locación no es para fines habitacionales (artículo 1197), en lugar de 10 como preveía el viejo Código Civil. También siguen vigentes la ley 25.169 antes mencionada, que regula el contrato asociativo de explotación tambera; la ley 25.113 que regula el contrato de maquila y, aunque sea un régimen laboral especial, también menciono la ley 20.589, repuesta en vigencia por la ley 23.154, que regula el contrato de viñas y frutales.

Luego del citado cambio del plazo máximo de los contratos, que debe complementarse con el artículo 1011 con reglas especiales para los contratos de larga duración, otra regulación del nuevo Código destinada a afectar la regulación especial es aquella del 1019 que facilita cualquier medio de prueba tamizada por la sana crítica y restringe aún más la limitación a la prueba testimonial única cuando el contrato sea usual o normalmente instrumentable, aspecto que no suele darse en los contratos agrarios de la ley 13.246. Habrá que ver como evoluciona la interpretación, ya que podría pensarse en la aplicación del artículo siguiente, al respecto, que regula los contratos cuya formalidad es requerida a los fines de su prueba, donde se reitera la regla hasta ahora aplicable a dichos contratos, es decir, la de la posibilidad de prueba por testigo existiendo principio de prueba por escrito. Pero esta norma amplía la definición de principio de prueba por escrito y también pone a la par para aceptar la prueba testimonial, el hecho de haber habido comienzo de ejecución.

También, resulta importante dada la práctica en arrendamientos y contratos accidentales, la disposición del artículo 1133, relativa a la determinación del precio. La norma reza que el precio es determinado

cuando las partes lo fijan en una suma que el comprador debe pagar, cuando se deja su indicación al arbitrio de un tercero designado o cuando lo sea con referencia a otra cosa cierta. En cualquier otro caso, se entiende que hay precio válido si las partes previeron el procedimiento para determinarlo. Artículo que también puede aplicarse a la consignación del ganado u otros productos.

Particularmente interesante puede resultar el artículo 970 que regula los contratos innominados. Si bien reitera este yerro, ya que nominado o no debe derivar de si el contrato tiene un nombre que lo identifica y no debe relacionarse a si está regulado o no por la ley (Pastorino, 2011), lo cierto es que para el amplio marco de contratos no regulados que existen en el ámbito agrario el citado artículo, pone a los usos y costumbres por encima de las disposiciones de contratos regulados análogos.

Vale también apuntar algunas disposiciones que sin oponerse a la regulación especial, pueden complementarla o apoyar interpretaciones doctrinarias que se venían realizando. Por ejemplo, el artículo 765 que al hablar de obligaciones dinerarias establece, que son aquellas de dar cierta cantidad de dinero, determinada o determinable. La obligación de rendir cuentas (artículos 860 y 861) especialmente útil y aplicable en las aparcerías. La mora automática (artículo 886 y ss.).

El artículo 955 introduce la posibilidad de rescisión contractual por imposibilidad de objeto, instituto que se complementa con el artículo siguiente respecto a las consecuencias previstas para la imposibilidad temporal. Cierta jurisprudencia ya había reconocido, la rescisión por frustración de fines de un contrato de aparcería a partir de una situación de sequía (Pastorino, 2008). Por su parte, en la regulación específica de la locación, el artículo 1203 establece al respecto que

“si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosas. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes”.

El artículo 962 reconoce que el orden público contractual no debe ser expresamente fijado en la ley, sino que puede surgir del modo de expresión, el contenido o el texto de la norma. Los artículos 963 (prelación de las normas) y el ya mencionado 964 (integración del contrato). La regla del 1024 para sucesores universales en todo contrato.

También habrá que ver los artículos 1032 (tutela preventiva); 1069 y ss. (subcontrato); 1197 (renovación expresa); 1201 (conservación de la cosa, derecho a reducción de canon y a la resolución); 1206 (responsabilidad del locatario por daños de visitantes ocasionales e incendio).

Impacta también en el régimen especial la autorización a realizar mejoras por parte del locatario, salvo estipulación en contrario (artículo 1211). De igual modo valiosa la regla del artículo 1218 que pone claridad al tema irresuelto de los efectos de la permanencia en el predio de parte del arrendatario vencido el plazo contractual, que dándose habitualmente en la práctica y profundizado por la ausencia comúnmente de contrato escrito, fue tratado por Facciano (2008) en sus diferentes supuestos. Ahora la norma dispone que no existe tácita reconducción, pero también niega que exista un nuevo contrato por el plazo mínimo. Se dispone, en cambio, que el contrato continua en los términos pactados hasta que cualquiera de las partes de por concluido el contrato por comunicación fehaciente, no alterando esta disposición el hecho de recibir arriendos.

Habrà que ver si requiere alguna adaptación de los contratos agrarios la regla del artículo 1025 de contratación a nombre de terceros, que podría aplicarse a los pactos que realicen para la colocación de los productos aparceros tomadores y empresarios tamberos. También, genera cierta duda, junto con el incremento generalizado de normas de naturaleza procesal que incorpora el cuerpo substancial que comentamos, la disposición del artículo 1208 que establece el cobro por vía ejecutiva de arriendos, cuando en provincia de Buenos Aires, por ejemplo, tenemos un procedimiento especial para el cobro de arrendamientos.

Rastrear en el nuevo Código todas las normas que puedan oportunamente valer en un contrato agrario es tarea ardua, seguramente faltan citar más y también contamos con breve espacio asignado, pero recojo algunos temas importantes que sí trata Facciano (2015): contratos en moneda extranjera (artículo 765); imprevisión (artículo 1091) y prescripción unificada a 5 años (artículo 2560) que entiende será de 2 para el cobro de arriendos (artículo 2562 inc. c).

A este comentario que apunta más a los contratos agrarios legislados y más característicos, debemos agregar que el nuevo Código innova bastante en el contrato de locación de obra, regulación aplicable al llamado contratista de maquinaria agrícola, o simple contratista (Staffieri, 2015). Asimismo resultará de interés profundizar el estudio de los contratos de suministro, de posible aplicación para la colocación de la producción y, casualmente con una llamada puntual en el artículo 1177 para el caso de tratarse de “frutos o productos del suelo o del subsuelo”, en el que el contrato se puede extender al plazo máximo de 20 años. El depósito, que puede influir en el almacenaje de granos y donde el artículo 1358 supera el régimen de responsabilidad del anterior Código Civil al establecer que es obligación del depositario poner en su guarda la diligencia que usa para sus cosas o la que corresponda a su profesión. El depósito irregular y la dación en pago que pueden ser de aplicación en los llamados contratos de canje. En el caso del depósito irregular, el artículo 1367 claramente hace imaginar su uso para estos productos al establecer que si se entrega una cantidad de cosas fungibles, que no se encuentra en saco cerrado, se transmite el dominio de las cosas aunque el depositante no haya autorizado su uso o lo haya prohibido, debiendo restituirse la misma calidad y cantidad, en tanto que si se entregan cosas fungibles con la facultad para el depositario de servirse de ellas, manda aplicar las reglas del mutuo. Y, desde ya, las reglas relativas a los contratos asociativos y en participación y los de colaboración, los primeros por referir directamente a criterios clasificatorios tradicionalmente usuales en los contratos agrarios y los de colaboración por venirse implementando en estrategias asociativas de las empresas agrarias (Formento y Pilatti, 2006). Debiéndose subrayar que la ley 26.005 que regía los consorcios de cooperación ha quedado derogada.

También hay que tener en cuenta el artículo 1310 que permite al transportista de animales convenir que sólo responde si se prueba su culpa.

IV. Empresa agraria, libros y actividades conexas

Como he señalado antes, el Código aunque inspirado en el italiano, no recoge el concepto de empresa agraria como instituto jurídico en base al que se ordena el completo sistema agrario constituyéndose, en Italia, el derecho agrario como el derecho regulador de la empresa agraria.

Existe, sin embargo, una cláusula destinada a imponer la obligación de llevar libros de comercio que nos lleva directamente a recordar el sistema italiano y, en especial, el viejo artículo 2135.

Como regla general el artículo 320 del nuevo Código Civil y Comercial argentino obliga a llevar “contabilidad”, entre otros, a quien sea titular de una empresa o establecimiento agropecuario. La doctrina agrarista actual es conteste en afirmar que no existe posibilidad hoy en día de realizar actividad agraria sin profesionalidad, economicidad y organización, es decir, sin que esa actividad se desarrolle en forma de empresa. De hecho, hasta las pequeñas producciones se organizan bajo la forma de “empresas familiares”.

La norma trae una excepción que, dicho lo anterior, resulta de difícil inteligencia. No estarían obligadas a llevar contabilidad en la forma prescripta por ese artículo y los siguientes, las personas humanas que desarrollan las actividades agropecuarias y conexas, no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se trata de reunir las dos condiciones. Si fuera sólo requisito que la actividad se desarrolle por persona humana, se podría más fácil interpretar que en la regla general empresa se usa en el sentido de empresa institución y que entonces podría interpretarse como obligadas las empresas organizadas en alguna forma de sociedad o persona jurídica. Pero la excepción impone un requisito adicional que es que no se realice en forma de empresa. Creo que la norma parte del prejuicio tradicional de los comercialistas que consideran el ejercicio de la actividad agraria en general, por los llamados “productores”, como una

actividad extra empresarial, casi artesanal o, incluso, de aprovechamiento casi espontáneo de los frutos de la tierra. Empresa tendría mucho más una connotación industrialista o “de fábrica” (Pastorino, 2009). No conozco la verdadera mente del redactor de este artículo ni aún he podido leer las notas explicativas del mismo, pero tengo la intuición de que se quiso excepcionar a todo productor agrario, al menos, a todo productor individual o familiar. Pero con la redacción y enseñanzas de la propia doctrina agrarista, es más fácil que se interprete que cualquier productor, salvo los casos marginales de la producción de subsistencia o de autoconsumo o en zonas agroecológicas bien desfavorecidas, quedaría obligado. Es necesario aclarar este punto o difundir entre los productores agrarios el riesgo que significa para ellos quedarse pasivos ante las consecuencias de esta segunda interpretación.

Respecto a las actividades conexas, el mismo artículo rememora al viejo artículo 2315 del Código italiano, que adoptó el criterio de la normalidad en 1942, sin advertir que dicha norma fue modificada en 2001 abandonándose dicho criterio. La disposición argentina explica que se “consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades”. Siendo que la norma inspiradora sirvió en Italia para distinguir el campo entre lo agrario y lo comercial, se trata de un tema siempre estudiado por la doctrina agrarista, orientando la profundización de su estudio en mi obra “Derecho agrario argentino” (Pastorino, 2011) y en la bibliografía que ahí remito.

V. Empresa agraria, unidad económica y régimen de los bienes agrarios en el derecho de familia

Como es sabido el régimen de familia (o familias) está cambiando y diversificándose en Argentina y es, tal vez, uno de los cambios más grandes que plasma el nuevo Código. Visto la introducción del sistema de división de bienes, la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales y la regulación de uniones convivenciales, deberá buscarse en ese extenso marco muchas novedades para la organización de la empresa agropecuaria, familiar o no.

Pero además, en este régimen, el Código introduce modificaciones en la regulación anterior de ciertos bienes agrarios.

En especial, se admite expresamente como bien factible de afectación (antiguo bien de familia) “el inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales”. El Código no expresa claramente que se trata de unidad económica “mínima”, pero deberá así interpretarse por la invocación a las reglamentaciones locales que se dedican mayormente a ellas (hay provincias que regularon la unidad económica máxima).

Luego, en el régimen de partición de la comunidad vuelve a surgir la “unidad económica” a secas. Por el artículo 499, uno de los cónyuges puede solicitar la atribución preferencial, entre otros bienes, del establecimiento agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica. Aquí no se hacen referencias a las leyes provinciales o normas locales. No sé si fue algo razonado, pero si en el caso anterior todo hace suponer que la idea es limitar la afectación del campo a la unidad mínima que es, no obstante, una superficie suficiente para que la explotación pueda ser adecuada, en este segundo caso la unidad económica podría referirse a una unidad de producción sin límites o mínimos, lo que estaría reconociendo la idea de continuidad de la empresa. Siendo que en el mismo artículo se dispone que para obtener la atribución preferencial el cónyuge solicitante deberá pagar con dinero la diferencia que podría resultar a su favor en la partición, no parece necesario limitar el derecho a la unidad económica mínima.

La atribución preferencial reaparece en el régimen sucesorio, con el llamativo cambio que solo se prevé para un establecimiento “agrícola”, no ya agropecuario. Esta vez se lo prevé a favor del cónyuge sobreviviente o heredero, también con cargo de pagar el saldo si lo hubiera y bajo la condición de haber participado en su “formación”, no pareciendo bastar que haya trabajado en él (artículo 2380).

En este mismo régimen sucesorio, recobra vida el instituto de la unidad económica mínima con algunos cambios. El artículo 2375 establece la regla de la indivisibilidad si ésta torna en antieconómico

el bien, pero la redacción es rara al expresar que “no se los debe dividir”. Tampoco, existe remisión a leyes locales para determinar en forma objetiva cuándo la dimensión del fundo lo podrá tornar en antieconómico. En el artículo 2377, en redacción por la positiva, pero tampoco decididamente prescriptiva, indica que “debe evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas” al formar los lotes en la partición de la herencia.

Asimismo, hay que tener presente que a partir de ahora también serán válidos, bajo ciertas condiciones, pactos de herencia futura relativos a una unidad productiva (artículo 1010).

Finalmente, el Código innova respecto al carácter propio de las crías de los ganados que tienen esa misma calificación. Con el viejo sistema, ocurría lo que se llamó el pasaje del ganado propio al ganado ganancial (Guaglianone, 1973), tema que la jurisprudencia fue orientando en una solución diferente, ahora adoptada por el Código, en base a equiparar la solución a la prevista en el viejo ordenamiento para el usufructo del ganado (Pastorino, 2010). Se reconoce al ganado como una universalidad jurídica y por lo tanto se dispone que integran los bienes propios “las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa” (artículo 464 inc. f), agregando que “sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado”.

VI. Dominio de los recursos naturales

En líneas generales el Código no parece innovar mucho en las definiciones del anterior respecto a los recursos naturales. El suelo continúa en la misma situación, conformando la propiedad privada que ahora se declara, como vimos, limitada a un uso que no afecte los bienes ambientales que se enuncian (artículo 240), simplificándose y modificando algunas restricciones antes previstas. De éstas últimas, las referidas al agua y establecidas como restricciones entre vecinos que en el Código de Vélez ocupaban alrededor de veinticinco artículos (la mayoría entre el 2633 y 2653) se limitan a pocas definiciones ahora. En el 239 declarando la obligación de tolerar las aguas, los cursos inferiores y derivando toda reglamentación de poder de policía. En las restricciones al dominio se tratan sólo en el artículo 1975 (obras y obstáculos al curso de aguas) y 1976 (obligación de recibir aguas, arenas y piedras, con la novedad que si se demuestra que no generan perjuicios a otros inmuebles, se la puede derivar hacia ellos). Luego tenemos referencias en lo que respecta al aluvión y a las servidumbres.

El camino de sirga queda ahora en el artículo 1974 reducido a 15 metros. Sigue la referencia a que se consagra solamente a favor del transporte por agua. Se otorga acción al perjudicado para remover los actos violatorios al artículo.

El bosque sigue por adhesión, como era antes, el régimen de propiedad del inmueble.

El aire no se contempla expresamente pero se incluye dentro del dominio público al espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales.

En materia de dominio de aguas, los redactores no tomaron propuestas de cambio más radical, como la que yo mismo efectuara, al ser consultados los profesores titulares de nuestra Facultad y que sostuve presentándola en la audiencia pública realizada en el Congreso de la Nación. En dicho propuesta sugería que se deje de lado el régimen dominial y se reconozca que el agua era un bien esencial para la vida no susceptible de apropiación y que, en cambio, se regule directamente su uso. Al contrario, el Código mantiene un sistema en el que el dominio no es único (siguen habiendo aguas de dominio público del Estado, de los privados y también apropiables o sin dueño, sumándose ahora también las de dominio privado del Estado). El régimen general para el agua sigue siendo muy disperso. Recientemente salió publicado un artículo de mi autoría que trata el completo sistema legislativo en múltiples leyes nacionales y luego otras tantas cantidades de leyes en cada provincia (Pastorino, 2015).

En el Código sancionado se definen como aguas de dominio público:

a) El mar territorial, con una derivación a la ley especial que lo determina, como en el Código derogado, pero con el agregado que incluye “el agua, el lecho y el subsuelo”.

b) Las aguas interiores, bahías y ensenadas y las playas de mar que el código define como la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales. Agrega luego un texto de difícil interpretación cuando a dicha definición la cierra con la frase “y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso”.

c) Los ríos, estuarios, arroyos y aguas que corren por cauces naturales. Aquí confunde al agregar arroyo, porque antiguamente se interpretaba que no era necesaria una definición geográfica o hidrológica que distinga entre río, arroyo, torrente, canal, etc. siendo que se incluía toda agua que corre por cauces naturales. Al sumar arroyo alguien podría querer interpretar que otros cursos no podrían haberse querido incluir. El Código define al río considerando en él “el agua, las playas y el lecho por donde corre”, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Deja entonces la distinción para delimitar la playa del río por el promedio de máximas crecidas ordinarias, cuando para la playa de mar tiene en cuenta la más alta marea normal. Por otra parte, deja la situación del Río de la Plata, en lo que hace a la definición de su playa, como un río más, cuando la legislación bonaerense (artículo 18 Decreto 3511/08) buscaba asimilar más a la definición dada para playa de mar.

d) Los lagos y lagunas navegables. Acá agrega laguna, que antes se entendía como incluida en el concepto de lago, importando si este era navegable o no. Deja la definición de navegable, como hacía el Código anterior, a la interpretación.

e) Incluye en una misma redacción dos supuestos que se consideraban diferentes y que ahora parecen estar definidos en relación de género y especie. Me refiero a la inclusión de “toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales”. Este artículo no resuelve las dudas que generaban esas dos hipótesis en el Código derogado.

f) Los glaciares y el ambiente periglaciario.

El artículo 239 agrega la regla que el uso por cualquier título de aguas públicas u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, siendo, inalienables, imprescriptibles, inajenables e inembargables.

Nuevamente quedaron sin definición los esteros y otros cuerpos de agua o humedales de importancia que, por el artículo 238 quedan atrapados en la propiedad privada.

En tanto seguirían privadas, con una redacción a penas alterada las aguas que surgen en los terrenos de los particulares, quienes las pueden usar libremente siempre que no se forme un cauce natural. Estas aguas, no obstante, quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. También, se agrega la regla de que no pueden ser usadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho (artículo 239).

La mayor innovación es respecto a la inclusión en el dominio privado —no público— los lagos no navegables que carecen de dueño. Aquí no se optó por agregar las lagunas que, por su dimensión, suelen ser las que puedan ser menos navegables. Seguramente habrá que seguir la vieja interpretación que las incluía en el concepto de lago, pero manifiesta un error de técnica legislativa cuando en el dominio público se especifican como cosas diferentes. Peor aún, es que si bien la norma resuelve una indefinición que existía en el viejo Código, que solo se limitaba a reconocer un derecho de uso de los propietarios lindantes dejando abierta la interpretación sobre si estos eran condóminos o si se trataba de un bien estatal al que se les dejaba usar en la parte proporcional a su propiedad, ahora quedan en

el marco de la propiedad privada los lagos que no siendo navegables si tienen dueño. Respecto a los que están en el dominio privado, queda la posibilidad de que el Estado se desapodere como puede hacerlo con cualquier bien que integra ese dominio.

Siguen siendo susceptibles de apropiación el agua de lluvia que cae en lugares públicos o corre por ellos (artículo 1947, a, iii).

Respecto a la fauna silvestre y a los peces, más allá de la interpretación de ciertos autores (Catalano y otros, 1998), el Código mantiene la disposición de que son susceptibles de ser adquiridos en dominio privado por apropiación cuando son susceptibles de la caza y de la pesca. Antes de la reforma constitucional se entendía que de ahí se derivaba el carácter de *res nullius*. Ahora habrá que determinar si eso sigue así o si se puede adquirir por caza o pesca los recursos que por definición legal, como en el caso de la Ley Federal de pesca o por interpretación, como la que realizan los citados autores, se adquiere del dominio privado (originario del Estado). Así como esta cuestión dominial esencial queda sin determinar, en cambio el nuevo Código, siguiendo las *Institutas*, se ocupa de un supuesto que sinceramente en mis años de recorridos por la naturaleza jamás vi. Por el artículo 1948, mientras el cazador no desista de perseguir al animal que hirió tiene derecho a la presa, aunque otro lo tome o caiga en su trampa.

Lo más novedoso es que en una redacción más de carácter sancionatorio que de tipo de definición acerca de la dominialidad de la fauna silvestre no capturada, el mismo artículo 1948 determina en su parte final que pertenece al dueño del inmueble el animal cazado en él sin su autorización expresa o tácita. En la legislación anterior, sólo en el viejo Código Rural para los Territorios Nacionales, se consideraba la fauna silvestre de propiedad del titular del inmueble, mientras que por las disposiciones del Código Civil se la consideraba cosa sin dueño (Pastorino, 2011).

Los parques y reservas Nacionales seguirán perteneciendo al dominio público por la ley 22.351, pero hubiera sido conveniente haber incluido en el enunciado de los bienes públicos del Código a los parques y reservas naturales legalmente declarados, para con ello ampliar el régimen a las reservas y parques provinciales.

VII. Otros derechos reales

El primer cambio que corresponde apuntar es la derogación de la ley 25.509 de derecho real de superficie forestal que, como establecía su artículo primero, no sólo se había aceptado para la forestación, sino específicamente para aquella que se realizaba en miras al sistema de fomento de la ley 25.080, de bosques cultivados. En la actualidad, el Código reconoce el derecho de superficie en general. Se lo concibe como:

“un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el suelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

Se lo legisla desde el artículo 2114 al artículo 2128. Ya en un primer análisis, de Bianchetti (2015) plantea algunas cuestiones críticas respecto a las ausencias de indicaciones precisas para proteger los suelos y otros problemas ambientales y también respecto a la situación de la constitución de derechos por extranjeros, atento las limitaciones de la ley 26.373.

También, debemos citar algunos cambios en las restricciones al dominio y en el condominio, señalar al menos una importante reforma que es la posibilidad de convenir el uso y goce alternado de la cosa común o que se ejerce de manera exclusiva y excluyente sobre determinadas partes materiales (artículo 1987). Se contempla en artículo específico el cerramiento forzoso rural (artículo 2031) y el condominio de árboles y arbustos (artículo 2034) con lo que sigue la prohibición de tener árboles “que excedan la normal tolerancia”, ahora sin establecer una distancia rígida con el fundo vecino (artículo 1982), pero sí se pueden tener en condominio encaballados con relación al muro, cerco o foso medianero.

Corresponde prestar atención a las disposiciones sobre usufructo y servidumbres que también fueron replanteadas. De igual modo, deberá estudiarse en profundidad el régimen de la posesión y la tenencia.

VIII. La responsabilidad civil

En lo que hace a nuestras materias, la responsabilidad civil puede tener incidencia tanto para el daño ambiental, como para los daños derivados de la producción y también otros daños posibles en la esfera del uso, gestión e intervención respecto a los recursos naturales.

El Código replantea mucho la sistemática al respecto, operando a primera vista un cambio significativo al menos desde lo visual. Analizando más en profundidad la materia “responsabilidad civil” se advierte un claro intento por hacer realidad la función preventiva que en el viejo sistema ya se reconocía, pero más como una finalidad derivada del efecto conminatorio del sistema de reparación, actuando en el campo de la advertencia o amenaza de las futuras posibles consecuencias en caso de que se efectivicen los daños. Hoy el sistema tiene ya una acción concreta (artículo 1711) para prevenir daños, su continuación o agravamiento. Es decir que, por primera vez en el Código una disposición expresamente obliga a actuar “ex ante”, en todas las materias y no sólo en temas ambientales. Aclarar que la disposición es general relativiza para la materia ambiental la obligación impuesta en el artículo 1712 que para ser legitimado se requiere acreditar “un interés razonable”. Ya que, por las normas ambientales, la actuación preventiva, especialmente prevista a través de la ley contempla una legitimación mucho más amplia.

Sólo indico otros temas de interés, que dada la naturaleza de este trabajo no se pueden profundizar: 1- la regulación de la exposición voluntaria por parte de la víctima que no conlleva por sí misma a la exigencia de responsabilidad y la exposición a la situación de peligro para salvar bienes o personas (artículo 1719); 2- que para que el hecho de tercero exima de responsabilidad tenga que reunir los caracteres del caso fortuito (artículo 1732); 3- que se regula en mayor detalle los supuestos en que se responde aún en presencia de caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento (artículo 1733); 4- se avanza en la regulación de casos de pluralidad de responsables (artículo 1751) y responsabilidad colectiva y anónima (artículos. 1760 y ss.); 5- se consagra la extensión de la cosa riesgosa a la actividad riesgosa (artículo 1757); 6- dicho régimen se aplica a los daños por animales, derogándose la diferenciación entre animales bravíos o salvajes y domésticos (artículo 1759) y 7- se contempla expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas y se excluye y deriva a norma especial de derecho administrativo la responsabilidad del Estado y funcionarios públicos, lo que generará zozobra mientras las leyes provinciales no regulen al respecto (artículos 1763 y ss., y ley 26.944).

IX. Bibliografía

DE BIANCHETTI, Alba Esther (2015). “Derecho de superficie para plantar y forestar: ¿una opción para el sector agrario?”, EN: *Derecho agrario y ambiental. Perspectivas. En homenaje al Dr. Osiris A. Jantus*. Resistencia: Contexto, 73-84.

CASELLA, Aldo Pedro (1998). “Actividad y empresa agraria en los proyectos de unificación del derecho privado argentino”, EN: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata, La Plata*, N° 59, 109-126.

CATALANO, Edmundo F.; BRUNELLA, María Elena; GARCÍA DÍAZ (h.), Carlos J. y LUCERO, Luis E. (1998). *Lecciones de derecho agrario y de los recursos naturales*. Buenos Aires: Zavalía.

FACCIANO, Luis A. (2008). “Consecuencias de la continuación del uso y goce del predio después del vencimiento del plazo de los contratos de arrendamiento rural o aparcería”, EN: *VII Encuentro de Colegio de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*. Rosario: Colegio de Abogados - Instituto de Derecho Agrario, 139-148.

— (2015). “El Código Civil y Comercial Unificado, los contratos agrarios y la actividad agraria”, EN: *Derecho agrario y ambiental. Perspectivas. En homenaje al Dr. Osiris A. Jantus*. Resistencia: Contexto, 85-92.

FORMENTO, Susana y PILATTI, Héctor Hugo (2006). “Los consorcios de cooperación: marco jurídico asociativo entre Pymes agroalimentarias exportadoras”, EN: *VI Encuentro de Colegio de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*. Rosario: Colegio de Abogados - Instituto de Derecho Agrario, 43-49.

GUAGLIANONE, Aquiles Horacio (1973). *Del ganado propio al ganado ganancial (la evolución de las haciendas durante el matrimonio)*. Buenos Aires: La Ley, 150-973.

PASTORINO, Leonardo (1998). *Fuero agrario*. La Plata: Scotti.

— (2008). “Actualidad jurisprudencial en materia de contratos agrarios”, EN: *VII Encuentro de Colegio de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*. Rosario: Colegio de Abogados - Instituto de Derecho Agrario, 107-122.

— (2009). “La empresa agraria”, EN: Piaggi, Ana (Dir.). *Tratado de la empresa*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 631-674.

— (2010). “El ganado y el régimen patrimonial del matrimonio”, EN: *VII Encuentro de Colegio de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*. Rosario: Colegio de Abogados - Instituto de Derecho Agrario, 411-418.

— (2011). *Derecho agrario argentino*. 2ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

— (2012). “Fundamentos y dinamismo del orden público en agricultura. El orden público en los contratos agrarios y agroindustriales”, EN: *XII Congreso Mundial de Derecho Agrario*. Nitra, 189-197.

— (2015). “Derecho del agua en Argentina”, EN: García López, Tania y Travieso Bello, Ana Cecilia. *Derecho y gestión del agua*. México: Ubijus.

STAFFIERI, Juan José (2015). “Las nuevas normativas del contratista rural bajo la órbita del nuevo Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994)”, EN: *Derecho agrario y ambiental. Perspectivas. En homenaje al Dr. Osiris A. Jantus*. Resistencia: Contexto, 231-242.

WILDE, Hugo C. (2015). “El nuevo Código Civil y Comercial Unificado y sus efectos en aspectos de la empresa agraria”, EN: *Derecho agrario y ambiental. Perspectivas. En homenaje al Dr. Osiris A. Jantus*. Resistencia: Contexto, 281-289.

X. Legislación

Ley N° 13.246. Arrendamientos y aparcerías rurales. Boletín Oficial de la República Argentina, 18/9/48.

Ley N° 19.550. Sociedades comerciales. Boletín Oficial de la República Argentina, 25/4/72.

Ley N° 20.589. Estatuto del contratista de viñas y frutales. Boletín Oficial de la República Argentina, 14/2/94.

Ley N° 22.351. Parques nacionales. Boletín Oficial de la República Argentina, 12/12/80.

Ley N° 23.154. Restablece la plena vigencia de la Ley 20.589 sobre régimen de los contratistas de viñas. Boletín Oficial de la República Argentina, 1/11/84.

Ley N° 25.080. Ley de inversiones para bosques cultivados. Boletín Oficial de la República Argentina, 19/1/99.

Ley N° 25.113. Contrato de maquila. Boletín Oficial de la República Argentina, 21/7/99.

Ley N° 25.169. Contrato asociativo de explotación tampera. Boletín Oficial de la República Argentina, 12/10/99.

Ley N° 25.509. Derecho real de superficie forestal. Boletín Oficial de la República Argentina, 17/12/01.

Ley N° 26.005. Consorcios de cooperación. Boletín Oficial de la República Argentina, 12/1/05.

Ley N° 26.737. Tierras rurales. Régimen de protección. Boletín Oficial de la República Argentina, 28/12/11.

Ley N° 26.944. Responsabilidad estatal. Boletín Oficial de la República Argentina, 8/8/14.

Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 8/10/14.

Las escrituras públicas y las actas en el nuevo Código Civil y Comercial

POR SEBASTIÁN JUSTO COSOLA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Los fundamentos del Código Civil y Comercial y la explicación de los verdaderos alcances de la función notarial (aquello que debe deducirse del nuevo articulado). — III. La cuestión de los conceptos jurídicos trascendentes del derecho notarial utilizados en el nuevo Código Civil y Comercial. — IV. Referencia a las actas notariales consideradas documentos en el nuevo Código Civil y Comercial. — V. Conclusiones. — VI. Bibliografía.

“Los notarios son los profesionales del derecho más próximos a la vida por su situación en el punto de confluencia de las leyes y de los hombres. Esta situación les impone ser un elemento vivificante en la sociedad; en sus relaciones con quienes depositan en ellos su confianza, deben humanizar las normas jurídicas y adaptar la contratación a las necesidades de los particulares (1)”.

I. Introducción (2)

La *escritura pública* es el *documento notarial principal, protocolar* y con valor de *instrumento público* (3). Destaca Armella (...) que de la propia definición que brinda el nuevo Código Civil y Comercial en el nuevo artículo 299 se destacan, como elementos esenciales de las escrituras la matricidad, el protocolo, el autor y el contenido (4). El documento original por excelencia, advierte D'Alessio (...), es la *escritura pública* (5).

Tan importante y medular es para el notariado la referencia a la *escritura pública*, que autores destacados como Rubén Lamber (2003-2006) han optado oportunamente, por denominar *la escritura pública* a su obra quizás más trascendente, comprensiva a del derecho notarial y registral, civil, comercial y patrimonial de incidencia en el ejercicio de la función fedante (6). Los autores en general acuerdan en darle a la escritura el valor trascendente del que goza en la actualidad; sin embargo, dentro del estudio del *derecho notarial sustantivo*, una de las cuestiones que realzan la atención del jurista es la que refiere a las innumerables y diferentes denominaciones que se escogen para designar lo mismo. Algunos autores se refieren a las escrituras públicas y se encargan de definir y precisar el alcance de

(*) Prof. Titular, Adjunto o Asociado (de grado y posgrado) de Derecho notarial, Derecho de los contratos y ética de las profesiones jurídicas en la Facultad de Derecho, UBA; en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP; en la Facultad de Derecho, UNNOBA y en Universidad Notarial Argentina. Presidente del Consejo Consultivo de Ética del Consejo Federal del Notariado Argentino. Director del Centro de Estudios de investigación de temas de derecho notarial, registral e inmobiliario, UNNOBA.

(1) Célebre Declaración del II Congreso Internacional del Notariado celebrado en Madrid en el año 1950.

(2) El presente ensayo respeta la estructura general de mi trabajo *Escritura pública y acta*, en Julio César Rivera y Graciela Medina (Dir.) y Mariano Esper (Coord.), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, tº I. Buenos Aires: La Ley, 2014, p. 687-728. Pienso que en tiempos de cambios resulta interesante, a nivel pedagógico, redactar el tema siguiendo el orden del nuevo articulado, muy a pesar que en el presente aporte se tengan en cuenta diversas cuestiones ajenas totalmente al esquema ya por mi realizado y referido.

(3) Cfr. Natalio Pedro Etchegaray y Vanina Leila Capurro (2011). *Derecho notarial aplicado*. Buenos Aires: Astrea, p. 275.

(4) Cristina Noemí Armella, *Escrituras públicas. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. p. 760.

(5) Carlos Marcelo D'Alessio, *Escrituras públicas. Código Civil y Comercial de la Nación*. p. 159.

(6) Cfr. Rubén Augusto Lamber (2003-2006). *La escritura pública*, IV Tomos. La Plata: FEN.

sus conceptos (7). Otros, en cambio advierten que la escritura pública es un instrumento público, o al menos, su especie más importante (8), y a esto se agrega que su contenido principal en el acto o negocio jurídico allí contenido que es autorizado por un notario en ejercicio de sus funciones, ya que la escritura, como conocimiento para el derecho, *constituye los hechos y los dichos de la audiencia notarial* (9). En otra sintonía, autores clásicos en cambio se refieren al instrumento público notarial, y dentro de su seno, al análisis de la escritura pública (10). Dentro de esta última consideración, el caso de José Carlos Carminio Castagno (2006) es esencialmente particular, porque diferencia específicamente el acto notarial, el instrumento público y el negocio jurídico en forma elogiosa y contundente (11). Finalmente, debe considerarse que la mayoría de los autores insisten en referirse al *documento notarial* y a su especie principal, la *escritura pública* (12). La reconocida enciclopedia jurídica nacional *Omeba* no contiene el tratamiento de la voz escritura pública; en el tomo correspondiente a esa voz, se remite al referirse a la escritura a la voz *instrumento público*, que tan bien trata Luis Boffi Boggero (1996) asimilando y ensamblando perfecta y armoniosamente sus efectos al de las escrituras públicas (13). De manera, como primera reflexión puede argumentarse que el artículo intenta por primera vez instaurar una suerte de *definición* al describir que la escritura es el instrumento matriz extendido en el *protocolo*. Con esto se destaca un aspecto esencial de la misma de acuerdo a la doctrina mayoritaria, aunque a la luz de los tiempos actuales, el mismo resulta insuficiente por ser diminuto, en razón de sostener que lo esencial y característico del documento notarial actual no es su confección sino la elaboración notarial del derecho previa a la instrumentación, comprendida por los deberes éticos notariales aplicados (14).

II. Los fundamentos del Código Civil y Comercial y la explicación de los verdaderos alcances de la función notarial (aquello que debe deducirse del nuevo articulado)

Como viene quedando demostrado a lo largo del tiempo, la función notarial viene siendo explicada por la doctrina argentina especialista desde la tesis —de naturaleza eminentemente procesalista— de la fe pública planteada originariamente por Eduardo Couture (15); las referentes al profesionalismo y no profesionalismo de la actividad notarial en desarrollo de Eduardo Bautista Pondé (16); la tesis de las funciones inescindibles del derecho notarial español de Antonio Rodríguez Adrados y en nuestro país de Cristina Noemí Armella; la tesis que defiende como objeto esencial del derecho notarial a la teoría general del instrumento público en trabajos por demás de elogiosos de Carlos Emérito González y Rubén Augusto Lamber, o las que postulan la esencia de la forma en la función fedante como por ejemplo, los aportes de José María Mustapich, Alberto Villalba Welsh y Carlos Pelosi. Recordemos también que inclusive se ha oportunamente identificado a la función en relación a los problemas que aquejaban al notariado de una época determinada en la búsqueda de sus fines (Mengual y Mengual en España, y de manera idéntica, Cerávolo en nuestro país).

Todas estas teorías son algunas de las que sirvieron para dar fuerza al desarrollo del derecho notarial como hoy lo conocemos: en el impulso de la ciencia (*cientiae*) y con un amplio desarrollo en la técnica (*tecné*). Sin embargo, al advertir la importancia que en el derecho actual revisten las cuestiones in-

(7) Por ejemplo, José Adrian Negri, Argentino I. Neri y José María Mustapich.

(8) Es el caso de María Teresita Acquarone, Adriana Nélica Abella y José María Orelle.

(9) Carlos Nicolás Gattari, *Manual de derecho notarial*, ob. cit., p. 53.

(10) Es el evidente caso de Carlos Emérito González, de quien fuera uno de sus discípulos, Rubén Augusto Lamber y del procesalista uruguayo Eduardo Couture.

(11) Cfr. José Carlos Carminio Castagno (2006). *Teoría General del Acto Notarial y otros estudios*, tº I. Paraná: Ediciones del Autor, p. 31 y ss.

(12) Puede citarse aquí a Cristina Noemí Armella, Eduardo Bautista Pondé, Carlos A. Pelosi, Francisco Martínez Segovia, Mario Antonio Zinny y Carlos Marcelo D' Alessio entre tantos otros.

(13) Cfr. Luis María Boffi Boggero (1996). *Instrumento público*. Buenos Aires: Ejo, Driskill S. A., pp. 211-237.

(14) Cfr. Sebastián Justo Cosola (2013). *Fundamentos del derecho notarial*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 262.

(15) Cfr. Eduardo J. Couture (2005). *El concepto de fe pública* (Introducción al estudio del derecho notarial). Rosario: Fas.

(16) Cfr. Eduardo Bautista Pondé (1977). *Tríptico notarial*. Buenos Aires: Depalma.

herentes a los principios, a la protección de los derechos fundamentales de hombres, mujeres y seres vivos no humanos en general, todo comprendido en una visión científica multicultural, es que estimo, debe conformarse una visión tripartita del derecho notarial que logre integrar en las categorías aludidas también el alcance del arte (*artis*) que es en definitiva, lo que traduce el trabajo más relevante que cumple el escribano o notario en su quehacer habitual y cotidiano. Corresponde fusionar entonces a la *ciencia* (función notarial) y a la *técnica* (la confección del documento y especialmente, de la escritura pública) con el *arte* (los deberes éticos notariales aplicados). Esta es la verdadera posición del *derecho notarial actual*. Y la verdad es que debe quedar en claro que la más trascendente función notarial en la actualidad precede y antecede a la redacción de la escritura pública, ya que para llegar a ella —y en razón de las necesidades que presenta el hombre problemático y problematizado de este tiempo en la necesidad de que las mismas sean tuteladas a través de la ética que emerge de un profesional que actúa con un don indelegable de la dación de fe— se deben ejercer los deberes éticos notariales aplicados: *información, asesoramiento, consejo; imparcialidad, independencia* y deber integrado de *legalidad*, comprensivo de *normas, reglas y principios que se captan por evidencia*.

Si se considera la aplicación de estos deberes para la creación del documento se obtendrá como resultado el máximo valor previsto para las herramientas jurídicas tendientes a consolidar el principio de seguridad jurídica preventiva, en su doble presentación de estática y dinámica. La escritura pública se erige, de esta manera, como la máxima creación notarial del derecho, pues como lo advertía el gran maestro hispano Vallet de Goytisolo (1992) el notario, es un verdadero jurista, y como tal, resulta esencial en él la educación del sentido de lo *justo* (17). Por eso nunca he dudado en considerar que la función notarial es *una función social, realizada por un profesional del derecho, que en virtud de sus cualidades morales y científicas, accede a la función jurando ejercerla con decoro, revalorizando los conceptos de fe pública y de seguridad jurídica que encuentran esencial reposo en la escritura pública, y no perdiendo de vista nunca el sentido de la responsabilidad moral que tiene para con la comunidad a la que se debe*. En este sentido, y con los tan irrenunciables fundamentos, la función práctica del notario en el ejercicio diario de la función será la de: “Atender los acontecimientos, equilibrar los deseos y narrar los hechos, conforme a derecho” (18).

En definitiva, todo esto se encuentra descripto de manera clara y contundente en los fundamentos que la comisión redactora elevara oportunamente al Poder Ejecutivo del entonces anteproyecto de reforma, al referirse al conjunto de solemnidades de los documentos matrices: “Todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes” (19).

III. La cuestión de los conceptos jurídicos trascendentes del derecho notarial utilizados en el nuevo Código Civil y Comercial

En el nuevo Código Civil y Comercial no se considera, dentro del capítulo pertinente dedicado a las escrituras públicas y a las actas, la voz *documento o instrumento notarial* (20). Sí en cambio se utiliza más frecuentemente la voz *escritura pública* —haciendo alusión a la *escritura negocial* o al acta que narra hechos— denominación que se menciona en no menos de 25 artículos en todo el cuerpo del nuevo Código. La voz *protocolo* en cambio, es mencionada en siete artículos, pero es utilizada para designar

(17) Cfr. Juan Berchmans Vallet De Goytisolo (1992). “La función notarial de tipo latino”, EN: *Deontología Notarial*, de Juan Francisco Delgado De Miguel (Comp.). Madrid: Jcne-Cgne, p. 449 y ss.

(18) Cfr. Sebastián Justo Cosola (2008). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 302.

(19) Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de La Nación redactado por la Comisión de reformas designada por decreto 191/2011*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 543.

(20) En el nuevo Código Civil y Comercial las Escrituras Públicas y las Actas se encuentran previstas a partir del artículo 299 y hasta el 312 inclusive.

acepciones diferentes. En efecto, si bien el dominio de la acepción es referida a lo *notarial*, también se menciona la palabra al advertir la importancia de los *protocolos de investigación* para determinar cuestiones complejas en materia de *salud humana*. Por otra parte, resulta relevante destacar que en los fundamentos de la comisión redactora del Código se advierten claramente los motivos de mejorar la cuestión terminológica en el nuevo cuerpo, y por ello se incorpora con buen criterio la denominación de copias y testimonios al Código Civil. Es un verdadero acierto que se haya considerado la *sinonimia* de los términos mencionados, para con ello terminar con la polémica entre la palabra *copia* que consignan las leyes notariales y que el Código Civil vigente utiliza al referirse a esta clase de reproducciones, y la voz *testimonio* que es la utilizada en la práctica notarial más frecuente (21). En consonancia con la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, se hace referencia a la plena fe de las mismas, como la escritura matriz, subsistiendo ésta a aquéllas en caso de haber discordancia o variaciones entre unos y otros. Es un aporte relevante. Recordemos que autores como Acdeel Ernesto Salas (1971) exponían hace un tiempo, en su famoso Código Civil anotado utilizado por los juristas de la época, que las copias del primer testimonio no son escritura pública, aunque se encuentra la misma inclusive firmada por el escribano (22). Para el autor son instrumentos públicos “las escrituras hechas por los escribanos en sus libros de protocolo y las copias sacadas de ellas en la forma que la ley prescribe, lo mismo que las fotocopias autenticadas por el escribano, pero no la copia en carbónico del primer testimonio (...)” (23). La utilización de los vocablos era definitivamente confusa.

Expresemos también que la voz *escribano o escribano público* reluce mencionada en 24 artículos ya sea por la presencia que presenta; la autoridad que inviste; el asesoramiento que presta o la actividad que efectúa (función notarial) en las siguientes instituciones:

- a) Creación de documentos e instrumentos en general o de actos jurídicos unilaterales (testamento) y bilaterales (contratos en general);
- b) Elección o cambio de régimen patrimonial del matrimonio;
- c) Constitución de sociedades;
- d) Actuación en materia de filiación;
- e) Intervención en cumplimiento de las obligaciones en general con tutela jurídica al deudor o al acreedor;
- f) Intervención en la confección de los contratos civiles y comerciales;
- g) Ejecución de títulos valores;
- h) Intervención en materia de herencia;
- i) Renuncia o aceptación tácita;
- j) En materia de Derecho Internacional Privado, se refiere a la actuación en materia de protocolización de testamentos consulares, entre otras funciones.

Por su parte, la voz *escribano de registro* es aludida en 2 artículos:

- a) Como depositario de una obligación de dar sumas de dinero (y también oficial notificador);
- b) En la transmisión de derechos reales sobre títulos valores.

(21) Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, Código Civil y Comercial de la Nación..., ob. cit., p. 541.

(22) Cfr. Acdeel Ernesto Salas (1971). *Código Civil y leyes complementarias anotados*, T° I. Buenos Aires: Depalma, p. 485.

(23) *Ibidem*.

La voz notario aparece en 4 artículos, ya referidos anteriormente, y se puede considerar asimilada a la voz *escribano*. Al fin, la expresión *funcionario público* es muy confusa, y precisamente por la unión de conceptos —escribano o funcionario autorizado— pareciera ser que son términos sinónimos o que el nuevo Código Civil y Comercial los utiliza, o pretende utilizarlos como términos intercambiables.

Es doctrina consolidada el hecho de considerar a la denominación referida a los escribanos y a los notarios como equivalente, muy a pesar que las mismas reconozcan, como lo plantean originariamente González y en los tiempos presentes Armella, diferencias etimológicas, históricas y de acceso al ejercicio fedante (24). Inclusive puede extenderse este criterio *equiparador* a la voz *tabelión*, utilizada en Portugal y por su influencia, también en Brasil. Pero la cuestión de la equiparación con la tesis del funcionario público no es coincidente, y requiere de un análisis más profundo.

1. *Apreciaciones críticas*

Sobre esto, queda decir que se ha esfumado una clara oportunidad de diferenciar a los funcionarios, oficiales o profesionales en ejercicio de una función pública, como lo viene haciendo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de al menos los últimos cuarenta años (25). Lejos de polemizar, debe advertirse que en el nuevo código se hace referencia a los *escribanos o notarios*, en el mismo sentido que lo hace de funcionario. Asimismo, la expresión “escribano público o de otro funcionario autorizado (...)” —refiriéndose a aquellos facultados para autorizar escrituras, como los capellanes, oficiales o médicos militares en materia de redacción de testamentos, capitanes de buques, comandantes de aeronaves o cosmonautas de acuerdo a las leyes y tratados positivos y vigentes que dan esas atribuciones— no es suficientemente clara como para advertir la verdadera naturaleza de ambas funciones, que según la opinión mayoritaria, en mucho no se asimilan en sus notas esenciales. Algunos autores nacionales han quizás aportado trascendentes obras al desarrollo del derecho patrio, pero quizás no cuidando las expresiones, y por esa razón la confusión de los términos ha sido aún más notoria (26).

Como ya he advertido, debe pensarse que si se concluye con la doctrina mayoritaria en que el escribano o notario no es funcionario público, una interpretación de tipo literal del ya analizado artículo 291 —que tacha de nulo el acto donde el funcionario (no dice escribano) otorgue actos dentro del cuarto grado de parentesco— deja fuera de esta importante regla ética al escribano, para lo cual su actuación en estos términos, no comprometería a la imparcialidad.

Sobre todos estos considerandos ya se había expedido la doctrina civilista y notarialista argentina dando acertados pasos acerca de la conformación estructural de la naturaleza jurídica notarial (27), como así mismo también la jurisprudencia nacional (28). De estos estudios se desprenden importantísimos análisis de método y de gramática, que analizaron pormenorizadamente inclusive las fuentes originarias del código civil utilizadas por Vélez Sarsfield, gramática, de donde se desprende que la utilización de los términos oficial público, escribano público, funcionario público u oficial de registro en el Código Civil pretende significar realmente es la identidad funcional, de deberes y acciones que emanan de la fe pública se encuentra en que todos estos protagonistas labran o redactan instrumentos públicos, aquellos que tienen la facultad de probarse *per se*, que son redactados por un agente,

(24) Cfr. Carlos Emérito González (1953). *Teoría general del instrumento público*. Buenos Aires: Ediar, p. 37; Cristina Noemí Armella, Instrumentos públicos, Código Civil y Comercial de La Nación. Comentado..., ob. cit., p. 758.

(25) “El escribano es un profesional del derecho pero a cargo de una función pública” CNCiv., Sala C, 05/11/1976, La Ley, 1977-B, 174.

(26) Cfr. Manuel Ossorio y Florit (1972). *Código Civil y Leyes Complementarias. Anotados, Comentados y Actualizados*, tº II. La Plata: Ediciones Librería Jurídica, p. 96.

(27) Cfr. María Emilia Lloveras De Resk (1984). *La responsabilidad civil del escribano público*. Buenos Aires: El Derecho, n° 5825, 23/09/1984; Alberto J. Bueres (1984). *Responsabilidad civil del escribano*. Buenos Aires: Hammurabi; Eduardo Bautista Pondé (1977). *Tríptico Notarial*. Buenos Aires: Depalma y Francisco Martínez Segovia (1997). *Función notarial*. Paraná: Delta Editora.

(28) “Si bien los escribanos cumplen como fedatarios una función pública, no se presentan las notas características de la relación de empleo público” CS 12/11/2002, JA 2003-11-464.

investido de autoridad y que obre dentro de los límites de su competencia. Pero todas esas doctrinas niegan, a mi modo de ver con acierto, que la esencia de las categorías funcionario público-escrivano público sea la misma. Incluso Alberto Bueres (1984) advierte en un estudio que ya tiene treinta años, que si se lee con precaución el texto de la nota al artículo 1112 del Código Civil, referido a los supuestos de responsabilidad *extracontractual* o *aquiliانا* del *funcionario público*: “De los jueces y oficiales del ministerio público, de los párrocos en los actos del estado, de los conservadores de los registros de hipotecas, de los escribanos, procuradores y de todos los empleados de la administración del Estado”, se advierte claramente que por la conjunción copulativa “y” el Código acepta que el escrivano es un funcionario público, pero en tanto integre el cuadro de la administración pública, o sea, es funcionario público solo el escrivano de gobierno, ya sea éste del ámbito nacional o estadual (29).

Resulta inclusive llamativa la abstención de la comisión de definir adecuada y acertadamente este tema de una buena vez por todas, inclusive teniendo en cuenta que en general, los fallos de la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* vienen transmitiendo la idea de que la función notarial se justifica en el mundo del derecho por su especial naturaleza, y que si bien los escribanos cumplen una función pública como fedatarios, *no se presentan en ese quehacer las notas características de la relación de empleo público* (30). Sin embargo, un estudio de Adriana Abella (2010) permite vislumbrar que en realidad, si bien esa es la doctrina que emana del máximo tribunal, los fallos en realidad abrieron otros planteos que tienden a posicionar a la función tanto como una función pública, tanto como un servicio público (31). En efecto, hay fallos que si bien aplican la regla de la naturaleza especial de la función, en su texto advierten que el notario tiene la función que tiene por la *calidad de funcionario de oficio público* (32).

Reitero nuevamente que en mi opinión, no dejo de lamentar el hecho de que se ha perdido una inmejorable oportunidad de mejorar la calidad conceptual de los términos escogidos en este capítulo, determinantes para el ejercicio de la función notarial. Muy a pesar de ello, estoy seguro que la doctrina seguirá trabajando para mantener, a través de las interpretaciones, las diferencias ya ampliamente consolidadas de las diferentes personalidades que integran el mundo de los instrumentos y de las escrituras públicas.

2. Acerca del protocolo en el nuevo Código

Ya hemos visto, en materia de estructura del documento notarial y dentro del elemento corporalidad, un análisis teórico de la significación que para el notariado reviste la alocución protocolo, figura que recepta el nuevo Código Civil y Comercial en su articulado (33). *Protocollum* de raíz latina, significa la primera hoja encolada o pegada. Es la ordenada serie de escrituras matrices y otros documentos que un notario o escrivano autoriza y custodia con ciertas formalidades (34). Un conjunto de escrituras públicas matrices hechas durante un año, por orden cronológico y en la forma en que las leyes notariales prescriben, en donde también forman parte como agregados los certificados, informes y diversas declaraciones relevantes. En cierto sentido, los documentos notariales son aquellos que el notario produce en el ejercicio de su función (35) y a primera vista, se vuelve corriente o natural pensar que los mismos se encuentran contenidos en el *protocolo*, cuando en realidad hay muchos documentos

(29) Cfr. Alberto J. Bueres (1984). *Responsabilidad civil del escrivano*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 29 y ss.

(30) CS 12/11/2002, Franco c/ Pcia. de Bs. As., cit.

(31) Adriana Nérida Abella (2010). *Derecho notarial*. Buenos Aires: Zavalía, p. 34.

(32) *Ibidem*. Cita la autora a Fallos: 321: 2086.

(33) Artículo 300 C.C.C.N.: “Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo”. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 998. Fuente directa del presente artículo: Artículo 276 del Proyecto de Unificación de 1998.

(34) Carlos Emérito González, *Teoría general del instrumento público...*, ob. cit., p. 399.

(35) Natalio Pedro Etchegaray y Vanina Leila Capurro, *Derecho notarial aplicado*, ob. cit., p. 197 y ss.

notariales que no despliegan su vigencia dentro del mismo. Es que en circunstancias, se vuelve costumbre confundir el *protocolo*, con el *documento*, con la *escritura*, con el *instrumento*, y desde el Código Velezano con el *libro de registros* y con el *registro de escrituras públicas*, sin dudas en razón de la absoluta discrecionalidad ya advertida desde la cuestión terminológica. Por ello, es que en las obras consagradas del derecho notarial, las diferentes alocuciones son utilizadas *idénticamente* (36). El nuevo Código Civil y Comercial sustituye adecuadamente la expresión *libro de registro* utilizada en el *Código de Vélez* por la de *protocolo*, y por ello ahora los vocablos registro y protocolo pueden fácilmente distinguirse en razón de su entidad (37).

Debe entonces dejarse en claro, en sintonía con lo analizado en los desarrollos precedentes, que los documentos notariales son los que en reúnen los requisitos de *corporalidad*, *autor*, y *contenido*. Y todas estas características de seguridad tenidas en cuenta al momento del nacimiento del mismo, generan la entidad suficiente para ingresar al protocolo de manera contundente. Es bueno destacar, entonces, que el protocolo consiste en una universalidad jurídica integrada por diversos elementos, y cuya finalidad principal es la de conservar cronológicamente los documentos notariales portantes de la instrumentación de hechos y/o actos jurídicos que crean, modifican, transfieren o extinguen derechos, posibilitando su natural reproducción.

Esa universalidad jurídica se vuelve práctica notarial a través de la utilización de los folios respectivos y pertinentes. Los mismos se entregan en todo de acuerdo a la legislación vigente en cada provincia, y naturalmente, deben estar habilitados (38). Quien reviste autoridad sobre la elaboración y normas de seguridad de los folios es el Colegio de Escribanos de cada demarcación territorial, por cuanto dentro de sus funciones esenciales se encuentra la de guardar y preservar el control de la matrícula y de los materiales que se entregan a los colegiados. Por ello, una de las formas de preservar a la profesión ante cualquier denuncia o prueba en contra de un profesional en ejercicio es la suspensión temporaria de la venta y entrega de material protocolar.

Comúnmente, el protocolo se inicia en cada año calendario, el día en que el notario autoriza la primera escritura pública o acta notarial que corresponda (39). De manera que el protocolo, si bien es anual, no necesariamente comienza el 1º de enero de cada año calendario. Previa a la primera escritura se redacta, lo que se conoce como nota de apertura, que es indicativa de la fecha, el registro notarial, el/los escribanos que en él se comprenden y su condición —titular, adscripto, subrogante, suplente o interino— y seguidamente se redacta la primer escritura, pudiendo la costumbre del lugar determinar varias formalidades: firma de los notarios luego de la nota de apertura, comienzo de la escritura en el segundo folio del cuadernillo o seguidamente sin firma luego de la nota de apertura, etc. Cada escritura, a partir de la primera y hasta la última del año, lleva una numeración, una descripción del acto o hecho jurídico que se contiene en el instrumento, y el nombre o la designación de la/s parte/s comparecientes o requirentes del acto, que se conoce doctrinariamente como epígrafe o membrete. A esto debe agregarse en primer lugar, la foliatura que el notario realiza en cada folio sobre el margen derecho, y en segundo lugar, la numeración que se advierte como pre-impresión en los mismos folios que el notario adquiere para el ejercicio de su función, que presentan ciertos caracteres de seguridad —caracteres alfa-numéricos— tendientes a evitar la adulteración o falsificación de los mismos y consecuentemente, la seguridad documental sobre las escrituras realizadas con el fin de evitar la circulación de documentos apócrifos. Dejemos la debida constancia además, que el protocolo se cierra al finalizar el año, indefectiblemente el día 31 de diciembre, dejando constancia notarial de la cantidad de folios utilizados, los inutilizados, todo con firma y sello —y en los inutilizados, media firma— del notario responsable. Finalmente, y en sintonía con lo que ya hemos visto oportunamente, el protocolo se conforma por las escrituras de actos o hechos impresos —siguiendo los procedimientos

(36) Carlos Emérito González, *Teoría general del instrumento público...*, ob. cit., p. 38.

(37) Cristina Noemí Armella, *Instrumentos públicos, Código Civil y Comercial de La Nación. Comentado...*, ob. cit., p. 764.

(38) *Ibidem*, p. 765. También Carlos Marcelo D'Alessio, *Instrumentos públicos*, ob. cit., p. 162 y ss.

(39) Carlos Marcelo D'Alessio, *Instrumentos públicos*, ob. cit., p. 163.

gráficos previstos en las leyes notariales respectivas—, pero también con toda aquella documentación que legalmente corresponda (certificados registrales, administrativos, catastrales, etc.) y asimismo, con toda otra documentación que las personas soliciten al notario incorpore al protocolo. La omisión de su agregación vuelve al notario responsable en el orden disciplinario.

2. 1. Protocolo: la importancia de las leyes notariales argentinas

Los deberes de ejercicio ya sean formales, funcionales o éticos están especialmente previstos en las leyes notariales argentinas. Nuestro país cuenta con leyes en cada provincia, diferenciándose de otros que reconocen una única ley nacional notarial. Cada una de esas leyes prevé los métodos de redacción de las escrituras, de la incorporación de los documentos anexos, de las modalidades en la confección de las mismas —color de la tinta, espacios en blanco, guarismos, abreviaturas, forma de las firmas, etc.— y también los deberes de encuadernación con métodos precisos de seguridad —para evitar que una catástrofe como el incendio o la inundación arruinen el protocolo— como así también los que se refieren a la conservación, guardia, custodia o archivo de los protocolos. De manera que aunque el nuevo Código Civil y Comercial establezca específicamente un artículo con alcance general para la adecuación del significado actual del protocolo, lo cierto es que la recurrencia a las leyes locales del lugar en donde cada notario o escribano ejerza su función será tan imprescindible como necesaria. De hecho, se encuentra previsto en el nuevo código que corresponde a la ley local *reglamentar lo relativo a la característica de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo* (artículo 300 *in fine*).

3. Los deberes notariales de ejercicio

El nuevo artículo 301 desarrolla *extensamente* una serie de deberes notariales descriptos en las leyes notariales respectivas, dando así lugar a la ubicación de los mismos de manera específica dentro de la legislación de fondo (40). Así, se comienza por advertir que las declaraciones de los comparecientes deben ser recibidas por el notario y no por persona interpuesta —generalmente el oficial primero, el o las secretarías, etc.—. Se extiende esta premisa a todas las partes que integren el acto, los representantes, los testigos, cónyuges y cualquier otro interviniente. Esto es así, y sin dudas así debe serlo, en razón de la protección que merecen esas declaraciones las que una vez documentadas gozarán del amparo de la fe pública. Esto además se relaciona con la parte más importante del desarrollo de la función notarial hoy de asesoramiento, información, congreso, imparcialidad, independencia e integración de la legalidad ya advertido al tratar el artículo 299 al que remito especialmente.

4. Calificación notarial del derecho (remisión)

En razón del tratamiento del deber de calificación registral, he decidido tratar allí los alcances del deber de legalidad (integrada) notarial. Por ello es que la parte esencial de este artículo se explica en aquellos considerandos. Aun así, recordemos aquí que el proceso de calificación notarial comienza con el análisis de la licitud del acto, y se integra entre otros aspectos ya tratados, por el control de la legitimación sustantiva (41).

(40) Artículo 301 del C.C.C.N.: “Requisitos. El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procedimiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera”. Relación con el Código Civil de Vélez: artículos 997 a 1011 del Código Civil, especialmente el artículo 1001. Fuente directa del artículo: Artículo 277 del Proyecto de Unificación de 1998.

(41) Carlos Marcelo D’Alessio, *Instrumentos públicos*, ob. cit., págs. 167-168.

5. Formalidades de las escrituras públicas

Dentro de la corporalidad, y más precisamente, del análisis del soporte, lo que se agrega es la grafía en sentido estático. Así se posiciona la escritura en el documento, y la misma puede ser manuscrita, mecanografiada o ser el resultado de la aplicación de cualquier mecanismo electrónico seguro y confiable. Los requisitos exigidos son la claridad y que las mismas sean legibles, con todo lo que ello importa —que sea legible no solo en la redacción, sino además las salvaturas, enmiendas, y toda técnica autorizada utilizada en el documento—. Finalmente, estas formalidades tienen que interpretarse en conjunto con las leyes notariales respectivas, que agregan muchos más mecanismos de seguridad: tipos de impresiones, tipos de lapiceras a utilizar, etc. Como se establece en la regla general de la responsabilidad notarial, el escribano o notario que no cumpla con estos requisitos será pasible de sanción disciplinaria, en razón de las formas.

5.1. La unidad de acto

Desde la teoría general enseñaba Natalio Etchegaray (2010) que la unidad de acto es un concepto típicamente notarial referido a la unidad de acción, tiempos y personas: comienza con la lectura y termina con la autorización, quedando excluidas las tareas previas de audiencia, redacción, etc. (42). El autor mencionado describe de manera brillante la integración de la unidad de acto: presencia conjunta de todos los comparecientes, de los testigos en caso de corresponder y del notario; lectura del documento; expresión del consentimiento de los otorgantes, firma de los mismos o firma a ruego en caso de ser necesario; firma de los testigos instrumentales en caso de corresponder y autorización y sello notarial. El proyecto prevé la posibilidad que ya viene siendo tratada en doctrina de considerar la unidad de acto como unidad de fecha (día), con claras excepciones previstas que no requieren comentario. Si en cambio es bueno afirmar, que la falta de cumplimiento del principio de unidad de acto no acarrea nulidad, pero si, puede facilitar o allanar el camino para la interposición de una acción de falsedad ideológica.

En el nuevo Código, se admite la denominada unidad de acto en sentido relativo, que significa que las partes pueden otorgar la escritura en actos sucesivos durante el mismo día, debiendo dejar constancia el escribano de tales actos, y siempre y cuando no existan entregas de sumas de dinero o de cosas que necesariamente deban realizarse con presencia de la investidura notarial (43). A esto debe sumarse el requisito fundamental de la existencia de pluralidad de otorgantes, y que la suscripción sea el mismo día y que no se modifique bajo ningún concepto el texto definitivo existente al tiempo de la primera firma (44).

6. El idioma en las escrituras públicas

El nuevo artículo 302 contempla la situación de la utilización del idioma en las *escrituras públicas* (45). Recordemos entonces que el idioma nacional argentino está repleto de palabras que no responden a una fuente directa del castellano o español. Por ello, los autores en general coinciden en que por idioma nacional debe entenderse la lengua oficial del país, siendo en nuestro país una referencia indudable la *Academia Argentina de Letras*. Si las partes no lo hablaren, debe confeccionarse una minuta firmada por

(42) Natalio Pedro Etchegaray, *Escrituras y actas notariales*, ob. cit., p. 54.

(43) Carlos Marcelo D'Alessio, *Instrumentos públicos*, ob. cit., p. 170.

(44) Cristina Noemí Armella, *Instrumentos públicos, Código Civil y Comercial de La Nación. Comentado...*, ob. cit., p. 770.

(45) Artículo 302 del C.C.C.N.: "Idioma. La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo. Los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o interprete que aquel designe. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado". Relación con el Código Civil de Vélez: Artículos 999 y 3663 respectivamente. Fuentes directas del presente artículo: Artículos 278 y 279 del Proyecto de Unificación de 1998.

ellas en presencia del escribano que da fe del acto, y del reconocimiento de firmas que hicieran, si no lo hubieren firmado en su presencia. La minuta tiene que estar convertida al idioma nacional por traductor público debidamente colegiado (46) —lo que inclusive permite la actividad posterior a la traducción de la legalización de firmas—, aunque de acuerdo a la última jurisprudencia, puede inclusive confeccionarla un intérprete si es que el idioma es un regionalismo, o una mezcla de estilos, etc. En el caso del presente nuevo artículo, la aceptación del intérprete queda en poder del escribano lo que lógicamente, no puede atribuirle responsabilidad alguna, salvo que no se haya previsto en la elección la debida prudencia establecida en el artículo 1725 del presente Código. Todo debe quedar agregado al protocolo, y además, se prevé la posibilidad que los otorgantes requieran al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de una traducción efectuada por traductor o intérprete según lo referido con anterioridad. La doctrina notarial mayoritaria refiere a que la protocolización, en la actualidad, excede la acción de la mera agregación material del documento al protocolo, para incluir además a toda actividad notarial tendiente a insertar, transcribir, anexar, agregar e incorporar al protocolo documentos e instrumentos válidos y vigentes. En el final, se contempla la posibilidad que el escribano entregue copia certificada del instrumento en el idioma en que está redactado.

7. La cuestión de los espacios, de las abreviaturas y de la numeración en las escrituras

El artículo 303 en estudio sienta un principio general para los instrumentos públicos y esencial para las escrituras públicas (47), que es el de protección de la intangibilidad del texto, por un lado, a través de la imposibilidad de agregación posterior de palabras, párrafos, frases o escritos luego de la autorización correspondiente —de ahí la imposibilidad jurídica y ética de dejar espacios en blanco— y de la claridad expositiva del autor del mismo, por el otro, tendiente a no dejar dudas a las argumentaciones o interpretaciones que posteriormente puedan hacerse del texto escriturario en razón de cualquier circunstancia. Las abreviaturas y las iniciales pueden sin embargo utilizarse en las escrituras públicas, si constan en los documentos que se transcriben —la transcripción de fe es siempre fiel— o si se tratare de constancias de otros documentos agregados, o que sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. En sede notarial, las siglas AFIP —Administración Federal de Ingresos Públicos— UIF —Unidad de Información Financiera—, o ITI —impuesto a la transferencia de inmuebles—, entre otras, son referencias habitual y regularmente utilizadas que responden a los parámetros establecidos por el artículo referido. Finalmente, se establece una premisa ya propia de los actos jurídicos, que remite a recordar que puede recurrirse a la utilización de números únicamente cuando lo que se exprese en las escrituras no sean cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que se corresponden a la teoría general del acto ya referida. En muchas situaciones además, esta norma deberá ser interpretada con los decretos, generalmente de necesidad y urgencia que, ante las más profundas crisis económicas del país, ordenan que se efectúen pagos o se resuelvan obligaciones en sede notarial frente al escribano, a donde se remite, también habitualmente, a la forma escrita.

8. Situación especial del otorgante con discapacidad auditiva

El nuevo artículo 304 (49) se refiere en primer término al otorgante con discapacidad auditiva, una terminología adecuada a los tiempos actuales en relación a la constitucionalización del derecho pri-

(46) “Los certificados o partidas en idioma extranjero deben ser acompañados de la correspondiente traducción, o sea una versión castellana efectuada y firmada por un traductor público de la matrícula. Su omisión importa la no admisión del documento” Cam. CC Minas, Paz y Trib., 3° Mendoza, 1/7/1988, Lexis Nexis 33/11638.

(47) Artículo 303 del C.C.C.N.: “Abreviaturas y números. No se deben dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto que estas dos últimas consten en los documentos que se transcriben, se trate de constancias de otros documentos agregados o sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico”. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 1001. Fuente directa del artículo: Artículo 280 del Proyecto de Unificación de 1998.

(48) Sebastián Justo Cosola (2014). *Escrituras públicas, Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, Julio César Rivera y Graciela Medina (Dirs.) y Mariano Esper (Coord.), t° I. Buenos Aires: La Ley, p. 702-703.

(49) Artículo 304 del C.C.C.N.: “Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del

vado que incorpora en el mencionado rango a los tratados con jerarquías de derechos humanos, que advierten y ordenan a los países suscribientes a no posicionarse frente a la regla rígida de la capacidad o incapacidad en su defecto, sino a la regla del discernimiento. Sin embargo, difiere notablemente de las reglas consolidadas por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, al exigir la presencia de dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y la comprensión del acto por la persona otorgante. Más aun cuando luego el artículo continúa diciendo que si la persona es alfabeta —que para la *Real Academia Española* significa el término significa “que sabe leer y escribir”— la escritura debe hacerse de conformidad con una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe del hecho, para luego proceder a su protocolización. Se supone que el supuesto a que es alfabeto se refiere a que tiene plena aptitud para comparecer, simplemente, al acto de instrumentación. Y si sabe leer y escribir, lo que supone de antemano, una tan siquiera mínima actitud de comprensión en los términos de derechos humanos a los que nos referimos, ¿qué sentido tienen los testigos si no fueran estos expertos o calificados? Hasta nuestros días y en nuestro derecho, únicamente son incapaces absolutos —aunque reitero, esta regla pierde fuerza con la constitucionalización del derecho y a través de algunos fallos jurisprudenciales que desprenden la injusticia de frías consideraciones legales— los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. La sordera puede reconocer límites como todas las capacidades especiales o diferentes: hay gente más o menos sorda, lo que no significa que no sea capaz de comprender, mucho más sabiendo leer y escribir. Lo que abre la vía para otra interpretación del artículo: que la primera parte se refiera a quien padezca discapacidad auditiva que no sea alfabeto. Ahí entonces, estamos en presencia de una persona con incapacidad de ejercicio, que según lo previsto en el artículo 24 inc. c) del presente Código es quien necesitará de una sentencia judicial que así lo declare, si es que se mantiene la categoría incapacidad ya conocida del conocido como sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

9. El contenido de la escritura pública

El artículo 305 del nuevo Código Civil y Comercial se refiere al contenido de la escritura (50). La intelección del mismo debe estar acompañada de las líneas doctrinales esenciales, tanto nacionales como extranjeras, que explican con claridad los conceptos, las naturalezas, el alcance de sus cláusulas ya sean estas auténticas o autenticadas, las diversas clasificaciones, la diferencia entre la actuación del notario o escribano de la intervención y los dichos de las partes en relación directa con la cuestión de la fe pública, entre tantas otras descripciones relevantes. Nuestro derecho notarial, joven pero fuerte, afortunadamente cuenta para ello con aportes de excelencia, y este ensayo se esmera por exponerlos con el fin de dejar en claro que la cuestión técnica, en sede notarial, no es tan relevante como la cuestión científica y artística, que es la que diariamente ejerce el escribano argentino en búsqueda de la consolidación de la seguridad.

acto por la persona otorgante. Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad con una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada”. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 1000. Fuente directa del artículo: Artículo 281 del Proyecto de Unificación de 1998.

(50) Artículo 305 del C.C.C.N.: “Contenido. Contenido. La escritura debe contener: a) lugar y fecha de su otorgamiento; si cualquiera de las partes lo requiere o el escribano lo considera conveniente, la hora en que se firma el instrumento; b) los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia de los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto; si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde; c) la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto; d) la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura; e) las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma; f) la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera; si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante”. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 1001. Fuente directa: Artículo 282 del Proyecto de Unificación de 1998.

De lo antes expuesto se desprende que el argumento central de este trabajo no debe buscarse en este capítulo. Las mismas significan un primer aporte, dirigido a que el jurista comprenda los lineamientos mínimos e indispensables para configurar la actuación notarial práctica en el nuevo Código. Consecuentemente, debe prestarse atención entonces, a la utilización de las palabras que no he escogido al azar. Digo *actuación* y no *función*, porque el eje central de este trabajo encuentra asidero en la posición de los valores del documento auténtico notarial y no en la descripción de los artículos del nuevo código que no es más que una somera explicación de los métodos para el ejercicio técnico de la profesión. De manera que comienzo por comentar de manera sucinta el contenido de la escritura pública, que no es más que la descripción de las técnicas a utilizar para la confección del documento, derivando para su profundización a las recientes investigaciones que acertadamente traen luz al tratamiento tanto de los nuevos como de los clásicos y tradicionales temas de estudio (51).

9.1. *Acerca del lugar y fecha del otorgamiento*

La regla general aceptada en doctrina y jurisprudencia es la que advierte que la importancia del lugar radica en la afirmación y fijación de la competencia territorial del notario o escribano que autoriza la escritura —con los ya vistos bemoles que surgen del error común en ciertos casos específicos—. La fecha de otorgamiento, que puede ser cualquier día del año inclusive los domingos y feriados, es relevante porque permitirá determinar las nulidades propias de las escrituras públicas. Ella es reveladora de la capacidad o incapacidad de los otorgantes y de los testigos o aun de su misma existencia. El artículo además, prevé la posibilidad de consignar la hora en el texto escriturario, ya sea por rogación de los comparecientes o por apreciación notarial, requisito de indudable importancia en ciertas escrituras públicas, y más específicamente de las actas notariales.

9.2. *Los datos esenciales a tener en cuenta*

El segundo inciso del nuevo artículo 305 exige la necesidad de precisar con claridad los datos generalmente considerados como esenciales en las escrituras públicas: por ello deben volcarse en ella el nombre y apellido completo, la fecha de nacimiento —entiendo que no basta ahora con afirmar que quien comparece es mayor de edad—, el estado de familia completo —en esto la ley con buen criterio, trae las exigencias de las leyes notariales, que advierten que si una persona es de estado civil casada, además hay que consignar en que nupcias y el nombre del cónyuge, cuando fuere relevante—. Esto debe ampliarse a las demás situaciones no previstas especialmente: si es soltero, debe consignarse hijo de quién es; si es viudo, de que nupcias y de quién, si es divorciado, de que nupcias, de quién, y a la vez, dadas las exigencias generales, se debe solicitar una copia de la sentencia de divorcio que así ha decretado el fin de la sociedad conyugal desde la fecha hoy, de la presentación de la demanda. Además habrá que contemplar las uniones convivenciales previstas en el presente Código. También debe fijarse el documento nacional de identidad, el domicilio real o especial que corresponda, y si fuere el otorgante una persona jurídica hay que dejar constancia, como lo es en la práctica habitual y cotidiana, de su denominación completa, el domicilio social y la inscripción de la personería en caso de corresponder. Por alguna razón en particular, el artículo elimina la exigencia de la nacionalidad, de exigencia en el Código vigente, pero que de ninguna manera impide que se agregue a través de la fuerza consuetudinaria.

9.3. *La naturaleza del acto y la individualización de los bienes*

Inciso que sigue los lineamientos del artículo 1001 del Código de Vélez, que se explica por sí solo, más teniendo en cuenta que cuando se instrumentan contratos en escritura pública, el objeto es una parte esencial de los actos transmisivos.

9.4. *La debida constancia instrumental de la lectura*

Una de las obligaciones notariales más importantes es la lectura del acto frente a los requirentes, como momento previo al otorgamiento y a la autorización. Así, se utiliza regularmente una fórmula

(51) Ver especialmente los aportes de Cristina Noemí Armella y Carlos Marcelo D' Alessio en los códigos comentados citados a lo largo y a lo ancho del presente capítulo.

milenaria, al final de cada escritura, afirmada por cada notario o escribano: “*Leo la presente escritura, en presencia de todos los requirentes, los que la firman, ante mí, doy fe*”. Aunque las preposiciones no deban nunca juntarse, es clásica también la fórmula, *por ante mí, doy fe*, siendo esta última la más utilizada en la práctica cotidiana del derecho notarial.

9.5. *Las salvaturas en general*

Este inciso permite una adecuada interpretación del artículo respectivo ya analizado, referido a lo mismo, pero en materia de instrumentos públicos. Allí se omitía decir que las salvaturas en general deben encontrar solución de puño y letra. Por analogía debe interpretarse en concordancia con lo expresado en la teoría general del instrumento.

9.6. *Las firmas en general*

El inciso correspondiente a las firmas viene a ordenar un poco el panorama, que si bien ya estaba previsto en el artículo 1001 del Código anterior reformado por ley 26.140/2006, su interpretación aún quedaba en *agua de borrajas*. El tema es trascendente porque origina las sanciones de nulidad correspondiente. En efecto, aquí se precisa que tienen que ser parte esencial de las escrituras las firmas de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera. Y también se aplican las reglas generales ante la imposibilidad de firma o suscripción por uno de los comparecientes: la posibilidad que otra persona lo haga en su nombre, debiéndose hacer constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante. Se recuerda aquí que las partes o comparecientes o requirentes son los que otorgan el acto, los testigos de ser necesarios son quienes lo suscriben, y el notario o escribano es quien autoriza el mismo. Otras voces notariales dicen que autorizar también es autenticar.

9.7. *Los juicios notariales: la justificación de la identidad*

El tema planteado —fe de identidad, con anterioridad *fe de conocimiento* (52)— es un tema central del estudio del derecho notarial y más específicamente, de la responsabilidad notarial. En el Código velezano, se preveía la fe de conocimiento, que en origen era de trato y fama, pero luego de muchos debates interesantes, se reformula el artículo que se refería a esta institución notarial, en el año 2006, que pasa a denominarse fe o justificación de la identidad. Toda esta evolución que aquí resumo, ha generado, a lo largo de la historia del Código Civil, los más apasionantes debates, en razón de determinar, esencialmente, cuál es y hasta dónde alcanza la responsabilidad notarial civil por el defecto en la fe de conocimiento. Uno de los libros más importantes de nuestro país, escrito por Eduardo Pondé (2007), se refiere puntualmente a este tema con tantas aristas interesantes que merece ser releído una y otra vez (53). Pero también el tema ha generado debates importantes en la esfera de la responsabilidad penal notarial, en materia de sustitución de personas, y algunas de las sesiones de la *Academia Nacional del Notariado* realmente son de indispensable lectura para comprender el verdadero alcance de la expresión *fe de conocer* (54). Finalmente, no dejo de advertir que el nuevo artículo 306 omite una tercera posibilidad establecida en el ejercicio del derecho notarial actual, que es la que se refiere a la justificación de la identidad por la declaración de testigos.

(52) Artículo 306 del C.C.C.N.: Justificación de identidad. La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: a) por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes; b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano. Relación con el Código de Vélez: Artículo 1002. Fuente directa: Artículo 283 del Proyecto de Unificación de 1998.

(53) Eduardo Bautista Pondé, *Tríptico Notarial*, ob. cit., págs. 156-226.

(54) Cfr. Javier De Luca (Expositor), *El escribano: ¿Víctima o victimario? Sustitución de personas. Medios idóneos de identificación de personas. Apreciación de la capacidad mental de los otorgantes. Responsabilidad penal del escribano. Fe de conocimiento y fe de identidad: su repercusión en sede penal. Otorgante de escrituras procesado o detenido*, AIDN n° 2, Madrid, 2003, p. 455-485.

9.7.1. Primer supuesto: exhibición de documento idóneo

En la introducción a las líneas de este capítulo referidas exclusivamente al análisis de la cuestión terminológica utilizada en el nuevo Código Civil y Comercial y su impacto en el derecho notarial, pudimos advertir cómo el maestro Bielsa insistía en la necesidad de dar claridad y precisión a los conceptos jurídicos, mucho más al momento de dar legitimidad a cierto lenguaje jurídico y de plasmarlo en un código, en una ley, etc. Dentro de las escuelas del derecho, hoy quizás quienes con mayor énfasis insistan en el tema del lenguaje, y de las vaguedades, ambigüedades, etc., que traen de por sí las palabras que se utilizan para describir hechos o acciones, son los que, dentro del positivismo jurídico, se enrolan en lo que se denomina escuela analítica del derecho (55). Esta escuela insiste habitualmente en el análisis del lenguaje, para solucionar los problemas que su mala adecuación generan en el intérprete (56). Desde aquí que jóvenes constitucionalistas cercanos a la escuela iusnaturalista como Enrique Del Carril (2007) hagan sus aportes al derecho judicial orientados a brindar criterios de delimitación de los significados lingüísticos utilizados por los jueces para la concreción del razonamiento judicial (57).

Evidentemente la expresión documento idóneo —la Real Academia Española esgrime que la palabra idóneo significa adecuado y apropiado para algo— no es feliz y no responde al cuidado del lenguaje. ¿Cómo determinar que algo es adecuado y apropiado? Una de las primeras respuestas es dejar que la ley, objetivamente establezca los parámetros a tener en cuenta. En ese sentido, y al tiempo en el que escribo estas líneas, la libreta cívica, la libreta de enrolamiento y el documento nacional de identidad son los únicos documentos idóneos legalmente admitidos. Ahora, ¿es posible considerar la justificación de la identidad mediante la exhibición de una libreta de enrolamiento o de un documento de identidad, que por el mismo paso del tiempo se encuentra desgastado, ilegible en partes, o lo que es peor, que la foto que exhiba, también por el paso de los años y de las frustraciones propias de la vida sea de una persona totalmente diferente a la que se la tiene enfrente, para justificar su verdadera identidad? Es evidente que hay aquí, con esta denominación, una especie de laguna que hay que resolver. Quizás no hubo otra alternativa, quizás de todas las pensadas, esta sea la mejor, y está bien que así sea. Pero debemos integrar la acción del escribano en la justificación de la identidad para volverla prudente.

9.7.2. La adecuada justificación de la identidad

Algunos autores afirman que el cambio de denominación —fe de conocimiento/fe o justificación de la identidad— no cambia la verdadera naturaleza jurídica notarial que es un juicio de valor que el notario o escribano realiza al autorizar un documento (58). Por su parte, la Academia Nacional del Notariado ha emitido oportunamente un valioso dictamen, en donde, previo análisis de la fe de conocimiento y de la nueva comprensión de la fe de identidad, pueden obtenerse pautas claras y concretas que el notariado debe aplicar para cumplir con este primer supuesto (59). En efecto, la exhibición del documento idóneo, se refiere a la exhibición de los documentos contenidos en las leyes respectivas, o sea, hasta hoy, los ya mencionados libreta cívica, libreta de enrolamiento y documento nacional de identidad. Sin embargo, este resultado no prohíbe o deja de admitir, que el notario, para alcanzar el convencimiento en los casos que así lo requiera, puede valerse de cuantos otros documentos también se consideren idóneos para la justificación de identidad, aunque no sean los previstos por las leyes que protegen la identificación de las personas. Entonces, cumplida la exhibición del documento legal e idóneo, pueden existir otros que ayuden a la correcta aseveración: cédula policial, pasaporte, carnet

(55) Cfr. Genaro Carrió (2006). *Notas sobre lenguaje y derecho*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, p. 416; Ricardo A. Guibourg (2013). *Saber derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 292, entre otros.

(56) Cfr. Ricardo A. Guibourg (2008). "Una concepción analítica del derecho", EN: *Filosofía del Derecho Argentina*, Andrés Botero Bernal (Coord.). Bogotá: Temis, p 3 y ss.

(57) Cfr. Enrique Horacio Del Carril (2007). *El lenguaje de los jueces*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 150.

(58) Cfr. Ricardo J. Saucedo, *Las implicancias de la ley 26140 en la actividad notarial*, Lexis Nexis on line 0003/012933.

(59) Academia Nacional Del Notariado, Ley 26.140/06. Reforma de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil (Dictamen), La Ley, Suplemento Actualidad, 04/12/2007.

de conductor, tarjeta de crédito, carnet de socio del club, en fin, cuantos sean necesarios para probar la buena y prudente diligencia notarial a la hora de cumplir con el mencionado inciso. Culmina el deber agregando al protocolo, como también es habitual, la reproducción certificada en sus partes pertinentes.

9.7.3. Segundo supuesto: el conocimiento del escribano o notario

También se encuentra prevista, para la justificación de identidad, la posibilidad de afirmación de conocimiento del escribano, algo también relativamente habitual en las escribanías con personas que concurren asiduamente en búsqueda de respuestas, en donde en razón del trato, se los exime de las justificaciones mencionadas anteriormente, consignándose tal situación en la escritura respectiva.

10. Los documentos habilitantes y la representación en sede notarial (60)

El artículo 307 en estudio se refiere claramente a un aspecto de la práctica notarial tendiente a justificar la seguridad jurídica en el marco del otorgamiento de actos que requieren escritura pública (61). En efecto, son múltiples y de las más variadas naturalezas las intervenciones en sede notarial —por sí, por otros y para otros—. Así, la noción de compareciente no se compadece esencialmente con la noción de parte, porque puede naturalmente comparecer un representante que no es ni forma parte de lo esencial del acto instrumentado, ya sea porque actúa como mandatario, como representante legal, social o voluntario, etc. El supuesto entonces, expone con claridad las reglas generales de clasificación y calificación de los documentos habilitantes (62). En efecto, se aplican las reglas de acuerdo a la naturaleza de cada acto, siguiendo los pasos que aquí se detallan. El caso más común es el de la comparecencia por poder, encuadrado este como el instrumento que se exhibe contenedor del acto de apoderamiento: si fuera especial, debe el original exhibirse y agregarse al protocolo; si fuera general, luego de la exhibición del original, deben agregarse reproducciones certificadas al folio que sea correspondiente. Otro caso también común, aunque de diferente naturaleza, lo constituye la representación societaria: aquí se llega a justificar la titulación habilitante con la exhibición de originales de estatutos y sus modificatorias, actas de asambleas, directorios, reunión de socios —de acuerdo al tipo social que sea—, distribuciones de cargos, y las actas denominadas *respaldatorias* que vienen a dar un paso más hacia la seguridad jurídica en relación al acto que se va a otorgar (63). Todo esto sin dejar de tener en cuenta, otros supuestos interesantes de representación, que requieren además de ciertos cumplimientos que exceden el marco del presente artículo. Tal es el caso de la representación legal, en donde además de la justificación de los documentos que garantizan tales aseveraciones, debe darse espacio a los derechos de las personas implicadas, como los menores, a que expresen su voluntad etc. (64). Finalmente, se insiste con acierto en que si los documentos habilitantes ya fueron utilizados en la notaria respectiva, y no han sufrido modificaciones o alteraciones que merezcan su reflejo documental según las declaraciones del compareciente, el notario cumple su función acertadamente remitiendo al protocolo, año y folio donde se encuentran agregados.

(60) Sebastián Justo Cosola, *Escrituras públicas...*, ob. cit., p. 709-710.

(61) Artículo 307 del C.C.C.N.: “Documentos habilitantes. Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año”. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 1003. Fuente directa: Artículo 284 del Proyecto de Unificación de 1998.

(62) “El hecho de que el escribano no haya transcripto en el cuerpo de la escritura la totalidad del documento habilitante que justifica la personería del representante del actor, no puede invocarse para justificar la excepción de falta de personería ya que en virtud del artículo 1003 del Código Civil, el escribano no está obligado a transcribir el documento que justifica la personería del representante” Cód. Civ. y Com. Común Tucumán, Sala I, 15/08/2008, LLNOA (Octubre) 923.

(63) Cfr. Sebastián Justo Cosola y AAVV, *Poderes Generales otorgados por Sociedades Anónimas*, XV JNNN, Tandil, n 2003, Libro de Jornadas impreso por el CEPBA.

(64) Cfr. Cristina Noemí Armella y Sebastián Justo Cosola (2011). *Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la mayoría de edad*. Ley 26.579. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 185.

11. Obligaciones notariales en relación a las copias y los testimonios

El artículo 308 reúne las reglas generales establecidas en la ley de fondo y en las leyes notariales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en especial (65). De todo acto que se autoriza en la escribanía, el escribano debe dar copia o testimonio, como acertadamente lo advierte el artículo (66). Las copias o testimonios pueden extenderse así en hoja notarial de copia o testimonio, o por cualquier método previsto en la ley, a los que el notariado recurre frecuentemente frente a ciertos casos específicos (por ejemplo, la fotocopia autenticada y valorizada en el último folio con un folio de actuación notarial cuando se expiden copias o testimonios de hipotecas) (67). También el artículo prevé la posibilidad del otorgamiento de nueva copia —conocidas como segunda, tercera, cuarta copia, etc.— y así se pueden realizar, ya sea en la escribanía o notaria, ya sea en el Archivo de actuaciones notariales, cuando las primeras expedidas se han extraviado, se han perdido, etc. Siempre tiene que tenerse en cuenta quienes son las personas con derecho a pedir copia, y la primera regla general es que la copia o testimonio no puede expedirse a nadie que no tenga interés legítimo en obtenerla. Recordemos que los registros notariales son públicos, es cierto, pero para quien tiene interés legítimo. De manera que solo las partes, los herederos, los acreedores o cualquier orden de autoridad judicial competente son las vías a las que debe recurrir el notario para fundamentar su expedición de copia o testimonio en el grado que fueran. De otra forma, inclusive muchas veces frente a requerimientos intempestivos de instituciones sin autoridad para realizarlos, el notario puede ser objeto de denuncia por violación de secreto profesional, violencia sobre el habeas data, etc. Finalmente, el artículo prevé que el notario no expida copia cuando de la escritura resultan obligaciones pendientes de dar o de hacer a cargo de alguna otra parte. En ese caso, deberá requerirse la extinción de la obligación mediante instrumento auténtico, la conformidad del acreedor o la correspondiente autorización judicial para poder expedir la copia o testimonio (68).

12. Nulidades de las escrituras públicas y su ubicación dentro de la teoría general de las ineficacias. Primeras previsiones

Las doctrinas tradicionales civilistas y notarialistas han entendido a la nulidad como una sanción de carácter legal que priva de sus efectos propios a los actos jurídicos en virtud de una causa existente en el momento de la celebración (69). Dentro del esquema normativo, dice Ernesto Nieto Blanc (2005), puede ocurrir un hecho perfecto, que es el correspondiente con lo que el mismo esquema dispone (conformación del hecho jurídico), o también puede existir un hecho *imperfecto* cuando hay o existe ausencia de cualquiera de sus elementos componentes (70). De ahí entonces que el concepto de validez sea la contracara del de invalidez, o mejor dicho, que la invalidez se defina a partir de la validez (71). Al considerar las anomalías del acto jurídico, la doctrina comienza a tratar los supuestos dentro de lo

(65) Artículo 308 del C.C.C.N.: “Copias o testimonios. El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico”. Relación con el Código Civil de Vélez: Artículos 1006, 1007 y 1008 respectivamente. Fuente directa: Artículo 285 del Proyecto de Unificación de 1998.

(66) “La copia simple certificada por escribano es título ejecutivo” CNCiv, sala C, 15/06/1978, n° 760, p. 1333.

(67) “No existe impedimento alguno para que los testimonios de las escrituras públicas puedan ser otorgados en fotocopias” CMercedes, 10/09/1968, La Ley, t. 134, p. 825.

(68) “Lo que define la facultad del escribano de expedir segundas o ulteriores copias es la existencia o no de obligaciones pendientes actuales” CNCiv., Sala C, 23/11/1971, La Ley, t. 148, p. 641.

(69) Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil..., t° II, ob. cit, p. 565; Julio César Rivera, Instituciones de Derecho Civil..., t° II, ob. cit, p. 694. Desde el notariado, José María Mustapich, Tratado teórico y práctico de derecho notarial, t° I, ob. cit., p. 441 y ss; Sonia Lukaszewicz (1998). “Nulidad e inexistencia de los actos jurídicos”, EN: Cristina Noemí Armella (Dir.), Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, t° III. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 13 y ss.

(70) Cfr. Ernesto E. Nieto Blanc (2005). *Nulidad en los actos jurídicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 28.

(71) *Ibidem*, p. 35.

que se considera, una teoría general de las ineficacias. Al hablar de ineficacias entonces, se consideran los efectos del acto en su ser, en su sustancia; la estructura del mismo no satisface todos los requisitos que impone la ley para efectivamente ser un acto jurídico (72).

Explica María Emilia Lloveras de Resk (1991) que dentro de la teoría general de las ineficacias se encuentran instituciones de los más variados orígenes, dentro de los cuales es posible distinguir aquellas causales que provienen de vicios existentes en el momento mismo de la formación del acto (73), siendo entonces la nulidad una sanción de invalidez prescripta por la ley que sufre el acto jurídico por adolecer de un defecto constitutivo (74). De ahí que la autora concuerde con Buteler Cáceres en que el propio concepto de nulidad encierre la idea de que la misma es una sanción, únicamente establecida por la ley, que ocurre frente a la existencia de un vicio en el acto consistente en la falta o carencia de algún requisito o cualidad que debía estar en el presente de acuerdo a lo ordenado en la propia ley (75).

Sin embargo, desde hace tiempo que esta afirmación viene siendo puesta en duda por autorizada y abultada doctrina, que contrariamente a ello ha considerado la posibilidad de que el código de Vélez también recepte, a partir de su articulado y de las reglas de interpretación, la teoría de las nulidades implícitas o virtuales, es decir, aquellas que carecen de previsión legal expresa pero que pueden surgir para las partes en razón de que resulte del negocio que celebran la falta de algún requisito esencial previsto, o del choque o conflicto entre el contenido negocial acordado por las mismas con alguna disposición de derecho de carácter coactivo o imperativo (76). Desde aquí entonces es se afirme que no es absolutamente indispensable que la sanción de nulidad esté expresada de manera formal en la respectiva norma (77).

El Código Civil argentino tiene dos normas expresas que permiten avalar lo que se acaba de exponer. En efecto, una de ellas, el artículo 1037 (78), consagratoria del carácter expreso de las nulidades, y otra, de carácter general, el artículo 18 (79), que abre la puerta a la teoría de las nulidades virtuales tal cual la doctrina lo ha venido sosteniendo. Pero el nuevo Código Civil y Comercial no contiene normas similares dentro del régimen general de las ineficacias. De este modo, autores como Marcelo López Mesa (2015) advierten con preocupación suficiente que existe un vacío en el nuevo ordenamiento “*que puede tornar conjetural la declaración de nulidades*” (80). Muy a pesar de ello, es el propio López Mesa quien propone hacer una *hermenéutica integradora* en un trabajo digno de elogio, para precisamente poder completar el régimen general de las ineficacias, con normas no solamente del nuevo Código unificado, sino especialmente con aquellas de jerarquía constitucional (81).

Realizados ya los necesarios comentarios introductorios, digamos que el presente artículo prevé la nulidad en las escrituras públicas (82). Al considerar a las nulidades en las escrituras, nos posiciona-

(72) Cfr. Jorge Horacio Alterini, Elsa Beatriz Angelani, Pablo María Corna y Gabriela Alejandra Vázquez (1997). *Hacia una teoría general de las ineficacias*, ED 172-942, p. 953.

(73) Cfr. María Emilia Lloveras de Resk (1991). *Tratado teórico-práctico de las nulidades*. Buenos Aires: Depalma, p. 3.

(74) *Ibidem*, p. 28.

(75) *Ibidem*.

(76) Cfr. Marcelo López Mesa (2015). *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos. Procesales y administrativos*, Buenos Aires: BdeF, p. 7.

(77) *Ibidem*, p. 11.

(78) Artículo 1. 037 del CCA: “Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este código se establecen”.

(79) Artículo 18 del CCA: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.

(80) Marcelo LÓPEZ MESA, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos...*, ob. cit., p. 535.

(81) *Ibidem*, p. 536.

(82) Artículo 309 del C.C.C.N.: “Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia

mos frente al estudio de las nulidades instrumentales y no específicamente del acto o negocio jurídico, aunque la teoría general sea la misma para avalar el propio significado y el alcance de la *nulidad*. Pero siempre hay que tener en cuenta, como bien lo recuerda Gastón Zavala (1998), la distinción entre *negotium e instrumentum*. La misma origina una dicotomía especial, ya que se contempla, por un lado, la nulidad sustancial, material o de fondo, propia del negocio; y por el otro, la nulidad formal instrumental o documental que es la propia del documento público (83). De esta manera, y según se insiste acabadamente, en sede notarial no hay más nulidades que las previstas en el Código Civil, lo que hace suponer que lo que aquí se expone son las nulidades específicas para las escrituras públicas (84), pero si viene bien recordar que la escritura, como especie del instrumento público, también acarrea las nulidades propias de aquel. En efecto, puede una escritura ser nula por violación de la competencia territorial notarial, que en definitiva, es una regla general de nulidad prevista en el instrumento público y no específicamente en el presente capítulo. Los casos son exactamente los mismos que los previstos en la legislación civil vigente, con una excepción importantísima: el agregado de la firma de escribano, que no estaba contenido con anterioridad en el artículo antecedente y vigente, que tantas dudas de interpretación trajo aparejadas, desde aquellas que advertían que no había nulidad pero sí inexistencia, hasta otras que recurrían a la alternativa de las mencionadas nulidades implícitas o virtuales de conformidad con el actual artículo 18 del Código Civil vigente. Los supuestos son claros, no necesitan explicación alguna que no haya sido ya dada por la doctrina mayoritaria, con los alcances también ya establecidos y asumidos como naturales (85). No obstante, resulta oportuno aclarar que las demás inobservancias no vuelven nulas a las escrituras, pero derivan al notario al ámbito de la responsabilidad disciplinaria en sus dos vertientes: en razón de las formas y en razón de la conducta (*deberes éticos*) (86).

IV. Referencia a las actas notariales consideradas documentos en el nuevo Código Civil y Comercial (87)

Como novedad en materia de técnica legislativa, se incorporan las actas notariales al cuerpo del Código Civil y Comercial (88), aunque en el Código de Vélez estaban consideradas en la enumeración meramente enunciativa que se advertía en la parte general de los instrumentos públicos (89). Aun así, siempre estuvieron contenidas en las leyes notariales provinciales respectivas, por reenvío que el propio Código Civil les había hecho en los supuestos de acta de protocolización, acta de la cubierta del testamento cerrado, protocolización de testamentos, acta de realización de inventario para aceptar la herencia bajo ese beneficio, etc. (90). En una buena definición, Etchegaray y Capurro (2007) definen a las actas como un instrumento público, autorizado por notario competente, a requerimiento de una persona, con interés legítimo y que tiene por objeto constatar la realidad o verdad de un hecho que el

de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados". Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 1004. Fuente directa: Artículo 286 del Proyecto de Unificación de 1998.

(83) Cfr. Gastón Augusto Zavala, Nulidades instrumentales, en Cristina Noemí Armella (Dir.) (1998). Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, tº III. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 133.

(84) "Las fallas formales de la escritura no causan su nulidad a no ser que ellos se hubiese establecido expresamente por ley" CNFed. Crim. y Corr., Sala I, 20/06/1979, ED, 93-299.

(85) "La acción de nulidad de una escritura pública debe tramitar con la citación del escribano autorizante del acto" CNCiv., Sala D, 28/07/1977, La Ley, 1978-A, 115.

(86) Sebastián Justo Cosola, Los deberes éticos notariales, ob. cit. p. 341.

(87) Sebastián Justo Cosola, Escrituras públicas..., ob. cit., págs. 713-718.

(88) Artículo 310 del C.C.C.N.: "Actas. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos". Relación con el Código Civil de Vélez: Artículo 979, inc. 2º. También puede mencionarse como fuente directa la interpretación de la Acordada de la CSJN 19/80 reglamento de la oficina de notificaciones. Fuente directa: Artículo 287 del Proyecto de Unificación de 1998.

(89) "Cualquiera que sea la teoría sobre si las actas notariales de constatación son o no instrumentos públicos, prueban los hechos que exponen si ninguna prueba se produce en contra" CNCiv., Sala E, 22/10/1999, La Ley, 2000-B, 650.

(90) Natalio Pedro Etchegaray y Vanina Leila Capurro, Derecho notarial aplicado, ob. cit., p. 309.

notario ve, oye o percibe por sus sentidos (91). No obstante lo antedicho, ya anteriormente Etchegaray (2010) venía enseñando que las actas no tienen un contenido negocial, por lo que en ellas se trata de documentar acciones o hechos (92). Otros autores lisa y llanamente advierten que las actas son instrumentos públicos que tienen por misión la autenticación, comprobación y fijación de hechos (93). La doctrina extranjera parece coincidir con estas apreciaciones, al mismo momento de reconocer que lo que existe en ellas es un mero hecho, y por esa razón, misión del notario es únicamente ver y oír, sin penetrar en el fondo del asunto, limitando su actuación únicamente a la narración de los hechos, no manipulando ni alterando los sucesos tal cual acontecen en su presencia (94).

En el nuevo Código además, de la misma manera y con una técnica similar a la plasmada para las escrituras, describe los requisitos que tiene que cumplir el escribano o notario al momento de realizarlas (95). El principio general reenvía a las actas, como primera medida, a los requisitos de las *escrituras públicas*. Este criterio es acertado, por cuanto no cabe duda, son escrituras públicas que gozan de las manifestaciones auténticas que afirma el notario y que gozan de plena fe. Sin embargo, la diferente actuación notarial aplicada a la comprobación de hechos que en definitiva, presenta algunas diferencias relevantes en relación a la confección de las escrituras de actos o negocios jurídicos a través del proceso ya analizado de calificación, permite avizorar ciertas diferencias o excepciones, que se describen a continuación de conformidad con el articulado en estudio.

1. Primer supuesto: constancias del requerimiento y manifestación del requirente

La conformación estructural de las actas es totalmente diferente a la de la escritura de actos o negocios jurídicos. Mientras que en éstas las estipulaciones o declaraciones encuentran reposo en el orden previsto que sigue los lineamientos de la fe pública, en las actas lo que existe son dos partes bien diferenciadas: el acto del requerimiento y el acto del diligenciamiento. En la primera parte entonces, luego de cumplidas las formalidades establecidas en las escrituras públicas (epígrafe o membrete, fecha, tiempo y lugar, presentación notarial, comparecencia, juicio de identidad, capacidad o legitimidad, y tipo de intervención) lo que sigue es el relato del compareciente que requiere la actuación notarial. Allí se precisa con claridad cuál es el objeto del requerimiento, e independientemente de qué tipo de acta sea (de constatación, de declaración, de comprobación, etc.). Finalmente, el requirente al exponer los motivos del requerimiento, puede además manifestar su interés propio, o de terceras personas si correspondiere. El supuesto “con que actúa” limita el cometido del acta, por cuanto una persona puede realizar, por ejemplo, un requerimiento motivado en la protección y la tutela de los intereses difusos, y no necesariamente se ve obligada a invocar a los terceros con los que actúa. Pero así se entiende el espíritu de este primer inciso, por lo cual es necesario seguir adelante.

(91) *Ibíd.*, p. 310.

(92) Cfr. Natalio Pedro Etchegaray (2010). *Escrituras y actas notariales*. Buenos Aires: Astrea, p. 302.

(93) Cfr. Genoveva Heguy (2010). *Actas Notariales*. Buenos Aires: Di Lalla Ediciones, p. 23 y ss.

(94) Cfr. Gunther Gonzales Barrón (2012). *Derecho registral y notarial*, tº II. Lima: Jurista Editores, p. 1301.

(95) Artículo 311 del C.C.C.N.: “Requisitos de las actas notariales. Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones: a) se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa; b) no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente; c) no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias; d) las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan; e) el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario; f) no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico; g) pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia”. Relación con el Código Civil de Vélez: Interpretación del artículo 979 inc. 2º y de las leyes notariales respectivas y vigentes. Fuente directa: Artículo 287 del Proyecto de Unificación de 1998.

2. Innecesariedad de acreditación de personería ni de interés de los terceros

En estrecha relación con lo expresado en el párrafo precedente, no es necesaria la estricta calificación notarial de los documentos o instrumentos que acreditan personería, como tampoco la corroboración de los intereses de terceras personas. Basta con que el acto encuadre dentro de la legalidad formal para que pueda llevarse a cabo. En la práctica, las personas dicen intervenir en carácter de, en nombre de, para tal o cual persona especialmente, y con eso alcanza, por cuanto es una manifestación de la parte que exterioriza —quizás como ninguna otra— la propia voluntad.

3. Innecesariedad de conocimiento o identificación de las personas con las que trate el notario al momento de realizar el diligenciamiento

Por la propia naturaleza, las actas comprueban hechos, y en circunstancias, esos hechos requieren además de la recurrencia al acto o la presencia de otras personas que necesariamente tienen que intervenir. Sin embargo, esas personas, denominadas comúnmente requeridos, no necesitan más conocimiento que la imposición de cometidos que el notario o escribano les realiza, como veremos en el punto siguiente.

4. La obligación de la previa información notarial

Este punto es muy importante, porque si el notario no se diera a conocer debiendo hacerlo, se violentaría el principio constitucional de defensa en juicio, uno de los preceptos de nuestra carta magna que más jurisprudencia unánime reconoce. Solo con darse a conocer el notario cumple con el deber formal de su actuación en las actas, ya que al hacerlo, pone en guardia a la persona requerida para que opte por decir, hablar, callar o contradecir, tal cual lo dice el inciso: “deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar”. El inciso contempla, con buen criterio, que el supuesto de información debe ser posible: si en un acta de comprobación de hechos, se requiere dejar constancia del estado de una construcción, y en la misma no existen personas para informar el cometido, evidentemente no puede ser el notario responsable por defectos de información en la comprobación correspondiente. Para finalizar, digamos que siempre que los requeridos opten por decir, callar o contradecir, debe quedar constancia documental, y el notario puede invitar a firmar a la persona, si así desea hacerlo. Lógicamente, si así lo decidiera el/la requerida, deberán aplicarse los requisitos de las escrituras públicas: identificación, valoraciones de la identidad, capacidad en su caso o legitimidad, etc.

5. La práctica de la diligencia, la unidad de acto y la práctica de rehusarse a firmar. Valor probatorio de las actas notariales

El notario puede hacerlo acompañado o no acompañado de quien requiere sus servicios, y puede presentarse en el lugar requerido conjuntamente con el requirente o inclusive, puede apersonarse solo. Puede ser recibido en el lugar por el requirente, o no, si no es estrictamente necesario. Aunque el artículo no lo prevea expresamente, es bueno recordar que ciertas actas requieren, en razón de su naturaleza, el auxilio de la fuerza pública. Por esa razón es que en general, las provincias y la ciudad de Buenos Aires cuentan con convenios, decretos, leyes, reglamentaciones, etc., que ponen a disposición del notario a la fuerza pública, si así fuere necesario.

Para la explicación de la unidad de acto, debe adoptarse aquí la parte general ya analizada en el presente capítulo. No obstante, la regla no es tan rigurosa en materia de actas notariales. No significa que no hay unidad de acto, pero la misma puede extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pudiendo inclusive separarse en dos o más partes o diligencias, pero siempre respetando la unidad de día, propia del calendario gregoriano que prevé el computo de los plazos en nuestro derecho. En el caso de las actas que se extienden pasada la medianoche, el notario debe dejar constancia que ha cambiado el día y del corte o no del diligenciamiento para que pueda o no iniciarse otro de la misma naturaleza. Finalmente, debe dejarse en claro que si uno de los interesados se rehusara

a suscribir el acta, la misma puede igualmente autorizarse, debiéndose dejar la debida constancia en el cuerpo de la escritura (96).

Finalmente, el último artículo de la 5ª sección en estudio, que lleva como número el 312 en el nuevo cuerpo legal argentino, se refiere al valor probatorio de las actas notariales (97). Lógicamente el presente sienta concordancias con el valor probatorio de los instrumentos públicos en general. En materia de actas entonces, habrá plena fe acerca de los hechos que el notario tenga a la vista, con los alcances ya vistos anteriormente. Además, se contemplan otras situaciones también previstas en la parte general de las escrituras públicas, que ya fueron tratadas con anterioridad. Si es bueno dejar en claro que las declaraciones se vuelcan como meros hechos y no como contenido negocial, precisamente por la propia naturaleza de las mismas, y por no revestir las solemnidades mínimas requeridas por la legislación de fondo para que a través de las mismas se imponga el principio de seguridad jurídica. Precisamente por ello es que las declaraciones, como las manifestaciones de las partes, se someten a cualquier prueba en contrario.

V. Conclusiones

Este breve panorama de la mención de las escrituras y las actas en el nuevo Código Civil y Comercial pretende destacar con verdadero entusiasmo la importancia y el valor *actual* de la *función notarial*. Para alcanzar a comprender el alcance de la verdadera función notarial en el nuevo derecho privado constitucional, es necesario avanzar mucho más allá de la comprensión *meramente natural* del desempeño común o habitual de la misma dentro de los países que continúan la tradición romana germánica en la aplicación del derecho. En ellos, el escribano viene cumpliendo una misión de naturaleza *lógico matemática* —relacionada esencialmente con la *historia* de la propia institución— consistente en interpretar al derecho desde un eje o esquema *dogmático-decimonónico*, con la única finalidad de investir de fe a los actos privados dotados de cierta jerarquía, reconocida por los cuerpos *normativos* (98) vigentes.

En consonancia con los tiempos en que vivimos, a la milenaria institución notarial se le presenta la alternativa de mutar de perspectiva, ampliando su ámbito de *argumentación del derecho*. El ejercicio del oficio del jurista en la actualidad persigue la satisfacción de los intereses personales que destacan la jerarquía de los derechos elementales y más que ello, de los derechos iusfundamentales. Poco contribuirá la necesaria función fedante si se descuida el cometido esencial del derecho que ordena proteger al hombre y a su familia en un espacio de reconocimiento pleno de los derechos humanos básicos, insustituibles e irrenunciables. Así, si desde el ejercicio funcional notarial se intentara apli-

(96) “Las actas notariales pueden ser autorizadas) sin impedimento alguno si el requerido se rehúsa a firmar. Pero lo que de ninguna manera se puede omitir es la invitación a firmar y la negativa. Es imprescindible la invitación a suscribir y su consignación en el acta, así como la eventual negativa. Deberán poner cuidado los notarios en hacer constar que, invitado a firmar el interesado, rehusó hacerlo, ya que la ausencia de la mención sobre el particular, priva al instrumento de la plena fe de que goza respecto de los hechos que el notario enuncia como cumplidos por el mismo, y por consiguiente no prueba en los términos del artículo 993 del código civil, no reuniendo el acta examinada las formas prescriptas por la ley (...)” Juzg. Civ. y Com. 3, Pergamino, 26-3-86, Exp. 2255. Fuente: Genoveva Heguy, Actas notariales, ob. cit., págs. 71-72.

(97) Artículo 312 del C.C.C.N.: “Valor probatorio. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial”. Relación con el Código Civil de Vélez: Argumentación del artículo 979, inc. 2°. Fuente directa: Artículo 288 del Proyecto de Unificación de 1998, en una redacción totalmente diferente.

(98) Como bien enseña el profesor Alemán Robert Alexy, la idea de normatividad comprende la “convivencia” de normas (reglas) y normas (principios). Si bien en este ensayo la idea de normatividad está relacionada esencialmente con la ley escrita, lo realmente trascendente es comprender que las reglas pueden aplicarse o no aplicarse, mientras que los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados, porque, contrariamente a lo que ocurre con las reglas, no contienen “determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”. Explica el profesor argentino Rodolfo Luis Vigo que la alternativa de un sistema de principios puro es rechazada por el iusfilosofo alemán. Para mayor profundización Cfr. Robert Alexy (2008). *Teoría de los derechos fundamentales*. (traducción y estudio introductorio a cargo de Carlos Bernal Pulido), 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 67 y Rodolfo Luis Vigo (2006). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 306.

car lo meramente *normativo* sin tener en cuenta una sólida argumentación que tenga en cuenta los indudables principios generales del derecho, se cumplirá con la ley, pero se descuidará el derecho, acarreado las serias consecuencias que esto pueda llegar a ocasionar. Por ello, todo aquello que obligue al hombre a cumplir con una manda que imperativa o arbitrariamente cause un daño al *ejercicio regular potencialmente adquirido de un derecho* es considerado en la actualidad como algo *extremadamente injusto o absurdo*.

Desde mi perspectiva, un buen punto de partida para plantear este ensayo y su consecuente desenvolvimiento —que contribuirá a una adecuada argumentación notarial del derecho— es la noción y aplicación de la *propia cosa justa* según las enseñanzas de nuestros más grandes maestros (99). En este ámbito el derecho se desenvuelve como un *arte*, y se aplica naturalmente en un ámbito de *paz*, que no reconoce el conflicto, y que se aleja de las *ideologías* (100). La *función notarial*, como parte integrante del *sistema* (101) de derecho vigente, cobrará relevancia entre la *aparentemente pretendida* contraposición de las *ideologías* con la *tecnocracia* (102); también cumplirá su rol aplicando el principio de seguridad jurídica preventiva dentro de la agobiada *sociedad de masas* (103); para finalmente llegar a consolidarse como un *cavere* metodológico en la determinación negocial del derecho (104).

Queda claro que la comunidad necesita alejarse definitivamente del conflicto, y es por ello que en ocasiones cada vez más urgentes, se encuentra necesitada de resguardo jurídico. Antonio Bellver Cano, uno de los primeros teóricos del derecho notarial español lo manifestó, hace mucho tiempo atrás, de esta manera: “Aun en los momentos más graves en que modernamente lucha cualquier hombre con los desafueros de sus conciudadanos o con los de la ley o de sus ministros, se busca y se pide un notario” (105).

En los tiempos que corren, muy común es oír ciertos discursos de políticos, periodistas, analistas, comentaristas y demás afines de la prosa literaria que dan por cierto que la actividad de aprobación rápida y sin reproches que realiza el parlamento de los proyectos o envíos que a éste le realiza el poder ejecutivo nacional bien se parece al funcionamiento de una *escribanía*. Inclusive en ocasiones también se refiere *popularmente* con el mismo término, cuando desde las mismas posiciones se intenta demostrar que el material probatorio con el que se cuenta para afirmar tal o cual cuestión —generalmente, denuncias— se encuentra verdaderamente *burocratizado*.

Nada más inexacto que las aludidas referencias. Si las personas que dirigen las instituciones tuvieran las precauciones con las que día a día un escribano enfrenta su opus cotidiano, se lograría hacer prevalecer el *cavere Valletiano* y con él, otro país sería posible, porque las instituciones que lo conforman funcionarían verdaderamente como una *escribanía* y así:

a) No habría que dudar de la legitimidad de ningún documento, y consecuentemente, no habría plazos extendidos para demostrar la veracidad de tal o cual instrumento, porque la legitimidad se considera *cierta*.

(99) Cfr. Juan Berchmans Vallet De Goytisolo (1973). *En torno al derecho natural*. Madrid: Organización Sala Editorial.

(100) *Ibidem*, p. 12.

(101) La voz sistema se utiliza en este ensayo aludiendo la presentación de un cierto criterio de exposición: una exposición sistemática. Cfr. Julio Otero y Valentin (1933). *Sistema de la función notarial*. Barcelona: Artes gráficas N. Poncell.

(102) Cfr. Juan Berchmans Vallet De Goytisolo (1971). *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*. Madrid: Escelicer.

(103) Cfr. Juan Berchmans Vallet De Goytisolo (1968). *Sociedad de masas y derecho*. Madrid: Taurus.

(104) Cfr. Juan Berchmans Vallet De Goytisolo (2004). *Manuales de metodología jurídica*, IV Tomos. Madrid: Consejo General del Notariado Español.

(105) Cfr. Antonio Bellver Cano, *Principios de régimen notarial comparado*, Librería General de Victoriano Suarez, Madrid, ps. 13-14. El libro no tiene impresa ninguna fecha, pero está citado en la obra de José M. Sanahuja y Soler de 1945 de manera muy asumida, lo que supone que su fecha de publicación resulta ser bastante anterior.

b) Se acelerarían los procesos porque contrariamente disminuirían las posibilidades de derribar las verdades en ellos establecidas, afirmadas o reconocidas.

c) Existiría una elemental confianza de las personas en las instituciones, como ocurre en cada persona y familia con su escribano de confianza.

d) No habría denuncias falsas que nadie alcanza a comprender del todo —y que siempre quedan en el camino y en el olvido—, porque los supuestos documentos que son similares a los de una escribanía, tendrían el sello de autenticidad que siempre supondrá la verdad.

e) La institucionalización general adquiriría rápidamente la virtud del orden, como es el que impera en las escribanías, y por ello no habría documentos perdidos, sustraídos o adulterados.

f) Seríamos contemporáneos de todo lo que ofrezca certeza y seguridad, y los documentos apócrifos, falsos, adulterados tendrían que definitivamente alcanzar la jubilación.

g) Las familias argentinas para cada pedido, cada elevación o cada plegaria tendrían la respuesta adecuada y justa, que otorgue o niegue derechos; pero siempre acerca de lo justo.

h) Todo estaría encaminado a trascurrir para alcanzar sanamente la prosperidad, como en las escribanías, cuando las personas recurren a asegurar a quienes tengan como destino continuar con su camino.

i) Nadie dudaría de nada que se diga o se oiga, porque lo que se diga o lo que se oiga estará siempre revestido de fe pública.

j) La comunidad entera transitaría su vida libre de temores, por cuanto sus deseos van a estar siempre protegidos por el asesoramiento o el consejo de una persona que por histórico mandato cumple con su misión funcional diciendo siempre la verdad.

Algunas de las afirmaciones tendientes a encuadrar adecuadamente el oficio del jurista expuestas por Vallet de Goytisolo (2004) en su *metodología del derecho* (agotada originariamente y reeditada en diferente formato —la cual conservo dedicada y resguardada en un lugar de privilegio en mi biblioteca—) pueden convertirse es un buen punto de partida para comenzar a transitar muy sucintamente un método para llegar a la tesis del *derecho notarial justo*. Desde allí puede comprenderse claramente que la función notarial es un *cavere*, relacionada con la *precaución*, con el tan necesario deber ético de *prevenir*, a partir de una adecuada argumentación del *derecho justo* y que se desenvuelve únicamente en un magisterio de paz, sin conflicto y sin controversias (106).

De ellas también se desprende que la *función notarial* acompaña el crecimiento de la comunidad a partir de la argumentación de los deberes éticos de *información, asesoramiento y consejo*, precisamente porque es el notario —en razón de su posición jurídica— quien argumenta primeramente la aplicación práctica de la ley (107), en protección del desarrollo biológico de los derechos en la normalidad (108).

Porque bien se ha demostrado entre nosotros como el derecho se relaciona con la justicia, el notario no puede ni debe dejar de ejercer teniendo en cuenta ese valor trascendente. En definitiva, puedo decir parafraseando al gran maestro que solo *se trata de hallar la equidad en el sentido de buscar y procurar la solución individualizadamente más justa que pueda encontrarse* (109).

(106) Cfr. Juan Berchmans Vallet De Goytisolo (2004). *Manuales de metodología Jurídica*, T° III, CGN, Madrid, p. 231.

(107) Cfr. Cristina Noemí Armella (2001). *Cheque Cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 14.

(108) Cfr. Antonio Monasterio Gali (1966). *Biología de los derechos en la normalidad*. La Plata: Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, 1966.

(109) Cfr. Juan Berchmans Vallet De Goytisolo (2004). *Manuales de metodología jurídica*, T° I, Madrid: Consejo General del Notariado, p. 259.

De allí que se afirme que el aporte de Vallet trasciende al *derecho notarial* impregnando a este de una gran contenido iusfilosófico dirigido a comprender el sentido final de la justicia. Y de aquí que se asuma que es necesario insistir en la concreción de un *derecho notarial justo*, que preste especial atención al hombre común y que afirme su autonomía a través de los deberes, los valores y las virtudes que imponen la ética o la deontología, muy a pesar de la consideración de los aspectos técnicos de la función que impone la adecuada creación y confección, según hemos analizado, de las escrituras y de las actas notariales.

VI. Bibliografía

- ABELLA, Adriana Nélica (2010). *Derecho notarial*. Buenos Aires: Zavalía, p. 34.
- ALTERINI, Jorge Horacio; ANGELANI, Elsa Beatriz; CORNA, Pablo María y VAZQUEZ, Gabriela Alejandra (1997). "Hacia una teoría general de las ineficacias", EN: ED 172-942.
- ARMELLA, Cristina Noemí (Dir.) (1998). *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, T° III. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 13 y ss.
- (2001). *Cheque Cancelatorio y otros medios de pago. Ley 25.345. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 14.
- y COSOLA, Sebastián Justo (2011). *Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la mayoría de edad. Ley 26.579*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 185.
- BOFFIBOGGERO, Luis María (1996). *Instrumento público*. Buenos Aires: EJO, Driskill S. A, pp. 211-237.
- BUERES, Alberto J. (1984). *Responsabilidad civil del escribano*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 29 y ss.
- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos (2006). *Teoría General del Acto Notarial y otros estudios*, T° I. Paraná: Ediciones del Autor, pp. 31 y ss.
- COSOLA, Sebastián Justo (2013). *Fundamentos del derecho notarial*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 262.
- (2008). *Los deberes éticos notariales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 302.
- COUTURE, Eduardo J. (2005). *El concepto de fe pública (Introducción al estudio del derecho notarial)*. Rosario: Fas.
- D'ALESSIO, Carlos Marcelo. *Escrituras públicas. Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 159.
- DEL CARRIL, Enrique Horacio (2007). *El lenguaje de los jueces*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 150.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro (2010). *Escrituras y actas notariales*. Buenos Aires: Astrea, p. 302.
- y CAPURRO, Vanina Leila (2011). *Derecho notarial aplicado*. Buenos Aires: Astrea, p. 275.
- GATTARI, Carlos Nicolás (2008). *Manual de derecho notarial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 53.
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito (1953). *Teoría general del instrumento público*. Buenos Aires: Ediar, p. 37.
- GONZALES BARRÓN, Gunther (2012). *Derecho registral y notarial*, T° II. Lima: Jurista Editores, p. 1301.
- GUIBOURG, Ricardo A. (2008). "Una concepción analítica del derecho", EN: *Filosofía del Derecho Argentina*, Andrés BOTERO BERNAL (Coord.). Bogotá: Temis, p. 3 y ss.
- "Las implicancias de la ley 26140 en la actividad notarial", Lexis Nexis on line 0003/012933.
- HEGUY, Genoveva (2010). *Actas Notariales*. Buenos Aires: Di Lalla Ediciones, pp. 23 y ss.

- LAMBER, Rubén Augusto (2003-2006). *La escritura pública*, IV Tomos. La Plata: FEN.
- LORENZETTI, Ricardo Luis HIGHTON de NOLASCO, Elena y KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación, Proyecto del Poder Ejecutivo de La Nación redactado por la Comisión de reformas designada por decreto 191/2011*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, p. 543.
- LLOVERAS DE RESK, María Emilia (1984). *La responsabilidad civil del escribano público*, EN: *El Derecho*. Buenos Aires, n° 5825, 23/09/1984.
- (1991). *Tratado teórico-práctico de las nulidades*. Buenos Aires: Depalma, p. 3.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco (1997). *Función notarial*. Paraná: Delta Editora.
- MONASTERIO GALL, Antonio (1996). *Biología de los derechos en la normalidad*. La Plata: Ediciones de la Universidad Notarial Argentina.
- NIETO BLANC, Ernesto E. (2005). *Nulidad en los actos jurídicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 28.
- OSSORIO y FLORIT, Manuel (1972). *Código Civil y Leyes Complementarias. Anotados, Comentados y Actualizados*, T° II. La Plata: Ediciones Librería Jurídica, p. 96.
- PONDÉ, Eduardo Bautista (1997). *Tríptico notarial*. Buenos Aires: Depalma.
- RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Dir.) y ESPER, Mariano (Coord.) (2014). *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, T° I. Buenos Aires: La Ley, pp. 687-728.
- SALAS, Acdeel Ernesto (1971). *Código Civil y leyes complementarias anotados*, T° I. Buenos Aires: Depalma, p. 485.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans (1968). *Sociedad de masas y derecho*. Madrid: Taurus.
- (1992). *La función notarial de tipo latino*, en *Deontología Notarial*, de Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL (Comp.). Madrid: JDCNE-CGNE, pp. 449 y ss.
- (2004). *Manuales de metodología jurídica*, T° I. Madrid: Consejo General del Notariado, p. 259.

Articulación de las nulidades en el marco de las ineficacias negociales

POR LUIS ALBERTO VALENTE (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Desarrollo. — III. Conclusión. — IV. Bibliografía. — V. Jurisprudencia.

I. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.— contiene disposiciones generales relativas a los hechos y actos jurídicos (Título IV del Libro Primero referido a la Parte General).

En el Capítulo 1 define normativamente al hecho jurídico (artículo 257), y de manera continuada hace lo propio en relación al simple acto lícito (artículo 258) y al acto (o negocio) jurídico (artículo 259).

Con alguna variante mantiene la definición tradicional y establece que el acto (o negocio) jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (artículo 259 del C.C.C.N.).

De ello se desprende el análisis lógico del concepto que mantiene tres sustanciales componentes: 1) manifestación de voluntad; 2) licitud y 3) el fin inmediato de producir efectos jurídicos.

Puede advertirse que la posible contrariedad del acto (o negocio) jurídico con el ordenamiento jurídico puede presentar diferentes aristas según nos refiramos a una verdadera oposición en relación a aquel o bien una simple disconformidad.

En cuanto al fin inmediato de producir efectos jurídicos halla su explicación en el mismo fin práctico buscado por las partes, y que considerado por el orden jurídico, produce los efectos que corresponda al acto (o negocio) considerado.

A su vez y vinculado a esto último en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero el Código Civil y Comercial regula acerca de las ineficacias del acto jurídico.

II. Desarrollo

A. La nulidad como causal de ineficacia: el artículo 382 del C.C.C.N. establece que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas.

En tanto que, cuando se alude a eficacia del negocio se refiere a la aptitud de producir los efectos que le corresponden según la regla negocial (la formada por la declaración de voluntad, que a su vez, se completa con las reglas jurídicas que a tal fin le sean aplicables); correlativamente, el negocio ineficaz presenta un obstáculo o defecto que le impide el despliegue de sus naturales consecuencias (De Castro y Bravo nº 509: 462).

La ineficacia es un concepto genérico al que la doctrina considera abarcador de diversas situaciones en los que los actos carecen de vigor, fuerza o eficiencia para lograr sus efectos (Cifuentes, 1986: 570).

En tanto la técnica jurídica ha ido perfilando las categorías de ineficacias a fin de otorgarles el conveniente marco normativo; la doctrina subyacente se encontrará abocada a precisar los matices y el alcance que ofrecen cada una de esas categorías.

(*) Prof. Titular Derecho Civil I, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

El código de marras considera dos las causales de ineficacia: la nulidad y la inoponibilidad.

Es que la carencia de efectos puede depender de elementos intrínsecos o de circunstancias extrínsecas al negocio en sí considerado (Betti: 344).

Los primeros son ponderables en el momento en que el negocio surge o debe tomar vigor. Los segundos caben sobre el negocio concluido y perfecto.

Invalidez es aquella falta de idoneidad para producir los efectos esenciales del tipo y que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos, y ello, por el dispositivo mismo de la norma jurídica.

En sentido concordante, una adecuada jurisprudencia ha destacado que mientras el vicio que provoca la invalidez del acto está situado dentro del negocio mismo (incapacidad, error, dolo, violencia, etc.), cuando las motivaciones a las que cabe atender se ubican fuera del negocio en sí, nos encontramos en la categoría de la inoponibilidad. El interés que aquí se tutela queda emplazado invariablemente fuera de él y la consecuencia es que el acto no puede ser invocado en relación a ese interés (SCBA: Cuestas, Norma c/ Ricotti, Juan Carlos s/ reivindicación).

Es que mientras en la nulidad el acto padece de una ineficacia erga omnes y en virtud de un defecto originario, la inoponibilidad mantiene la validez, pero a pesar de ello, no surte efectos respecto de determinados terceros (Conf. artículo 396 del Código), pudiendo ocurrir como anomalía sobreviniente (pues no es necesariamente congénita) y está exclusivamente referida a la efectividad misma del negocio.

La inoponibilidad conforma la defensa pasiva y preventiva del tercero; mientras que la impugnabilidad conforma una defensa activa y reactiva (Betti: 351).

En función de lo expuesto, puede pensárselo sólo en una inoponibilidad positiva en que el acto es válido y eficaz en general pero es ineficaz ante terceros (por la ineficacia relativa del negocio mismo, como por ejemplo la inoponibilidad por fraude, artículo 338 del Código); pero es admisible también mentar una inoponibilidad negativa, como por ejemplo, el acto que es ineficaz entre quienes lo otorgaron pero resulta eficaz ante ciertos terceros, como por ejemplo, la hipótesis del subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso (artículo 392 del C.C.C.N.).

En éstas hipótesis obsérvese que es eficaz ante un tercero pese a la ineficacia que padece el negocio (Zannoni, 1986:137).

A su vez, debe partirse por considerar que validez no se contrapone al concepto de eficacia, ya que un negocio puede ser válido pero adolecer de idoneidad funcional, ya que aun siendo apto como fuente de una relación jurídica no cumple sin embargo con su función económico-social.

Consecuentemente y partiendo de considerar que la eficacia del acto jurídico refleja a la aptitud que éste tiene para producir los efectos que le son propios, su expresión negativa (la ineficacia) puede ser comprendida desde un punto de vista estructural, o bien, desde una óptica funcional.

Es que la misma puede acaecer en razón de defectos o vicios constitutivos (ineficacia estructural, inicial o intrínseca), o bien, es inidóneo ya que las voluntades significadas no son aptas para alcanzar los intereses económicos sociales que a través del negocio las partes se han propuesto alcanzar (ineficacia, sobrevinida —sobrevenida—, funcional o extrínseca).

La nulidad o invalidez es una causal de ineficacia estructural ya que atiende a la fase de celebración del negocio, y a su vez, por cuanto la causal de ineficacia está alojada en el mismo negocio, incidiendo de manera originaria; y obstaculizando, por lo tanto, la idónea formación del mismo.

De esa forma, el negocio es inidóneo como fuente de constitución, modificación o extinción de la relación jurídica; la que con él, se pretendía constituir, modificar o extinguir (Zannoni: 1986:127).

B. Concepto de nulidad: la nulidad es entonces una sanción legal que quita al negocio sus efectos normales por una causa existente al momento de su celebración.

Se ha dicho —sin embargo— que no estamos ante una sanción ya que aquella se limita al plano de lo ilícito, y esto último no es el caso de marras en donde no hay estrictamente una desobediencia al mandato de la ley. Se trata de una reacción del orden jurídico por lo cual se priva al acto de tutela jurídica por haberse usado un camino inadecuado (Nieto Blanc, 1971: 58).

Contemplando las imperfecciones de los actos, la invalidez actúa como remedio es decir como un procedimiento ante el incumplimiento de aquellas condiciones impuestas por la ley.

Sin embargo no hay duda que estamos ante una sanción del orden jurídico, es decir, una reacción del mismo consistente en una privación de efectos, y ello, ante el no cumplimiento de la conducta exigida, y a su vez, debido a una disconformidad con el ordenamiento jurídico.

En éste sentido se ha sostenido que la nulidad del negocio se presenta como la condicio juris de orden negativo dispuesto por el orden jurídico y a la que se subordina la eficacia del negocio (Zannoni: 1986:162).

En función de ello es de toda lógica las consecuencias desfavorables, como ocurre en la especie al privar al negocio de sus efectos propios.

A su vez, la sanción sólo proviene de la ley, es decir, es imposible concebir que tamaña consecuencia pueda provenir de la voluntad de las partes a la manera —por ejemplo— de una modalidad del negocio (artículo 343 y concordantes del C.C.C.N.).

Y al destacar que se lo priva de sus efectos normales, va de suyo que la privación consiste en impedir aquellos que el negocio estaba llamado a producir y que fueron previstos por las partes y compatibles, desde luego, con el ordenamiento jurídico.

Y ello por una causa existente al momento de su celebración. Es un defecto que siempre tiene nacimiento con el negocio mismo. De allí que es una reacción ante un defecto congénito pues responde a causas anteriores o contemporáneas a la realización del acto.

C. Clases de nulidades: es de rigor recordar que la clasificación legislativa está ligada en gran medida a un criterio diverso seguido por cada una de las diferentes legislaciones y atendiendo a las distinciones y a la finalidad que persiguen (Rotondi, 1953:149).

El nuevo Código Civil y Comercial regula acerca de dos clases de nulidades: 1.- la nulidad absoluta y relativa (artículos 386 y s. del nuevo Código), y también, 2.- la nulidad total y parcial (artículo 389 del Cód.).

Es decir, no se reconocen categorías que sí estaban previstas en el Código de Vélez.

Nos referimos a la nulidad expresa o implícita, manifiesta o no manifiesta y a los actos nulos y anulables que no tienen reconocimiento legal a tenor de la nueva normativa.

En función de lo expuesto nos detendremos en los cambios operados:

1. Se suprime la categoría de nulidad expresa o implícita.

Era una clasificación vinculada al modo en que la ley establece la sanción. Si lo es expresamente o si basta que la invalidez se desprenda de la norma aunque ésta no lo diga expresamente.

Ello está en línea directa con el viejo artículo 1037 del Código de Vélez y cuya fuente fue Freitas.

La doctrina en general admitía la posibilidad de nulidades implícitas, y lo hacía sobre la base de la norma prohibitiva establecida por Vélez en artículo 18 del viejo Código Civil y que establecía que

los actos prohibidos por la ley son de ningún valor si ésta no designa otro efecto para el supuesto de contravención.

En el nuevo articulado no se reproduce una norma igual aunque la primer parte del artículo 12 del C.C.C.N. recuerda que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes cuya observancia esté interesado el orden público. Recordemos que ésta norma es de similar textura en relación al artículo 20 del Código de Vélez.

Lo cierto es que se admite la posibilidad de la existencia de nulidades implícitas pero advirtiendo desde luego que la nulidad siempre deriva de la ley quien puede reconocerla de forma expresa o literal, o bien, que aquella se desprenda de sus fines; aunque en caso de duda debe optarse siempre por la validez del negocio ya que la declaración de nulidad es excepcional.

Este último temperamento es el que se impone a la luz de la nueva normativa, y ello considerando la recta comprensión del problema.

2. Del mismo modo, se suprime la categoría de nulidad manifiesta y no manifiesta:

La vieja sistemática hacía jugar la distinción aludida según el vicio sea manifiesto, vale decir, ostensible o apreciable a simple vista; o bien, no manifiesto, esto es, que el defecto está oculto siendo necesario un proceso probatorio a fin de sacarlo a la luz (Compagnucci, 1992:525).

El artículo sobre el cual giraban las diferentes elucubraciones era el artículo 1038 del Código de Vélez, el cual destacaba que la nulidad es manifiesta cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo o le ha impuesto la pena de nulidad. Actos tales (agregaba el precepto) se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgada.

Sin embargo, la doctrina había observado que el carácter manifiesto del vicio admitía variantes según que la apreciación del defecto lo efectúe el juez en el litigio o los terceros interesados que sufran los efectos de la invalidez (o validez) en su persona o bienes y cuya apreciación se efectúa al constituirse la relación jurídica (Brebba, 1995:574).

Se suprime también la categoría de actos nulos y anulables.

Para la doctrina, en general, el acto era nulo si el defecto es rígido y determinado.

A su vez, es de nulidad manifiesta para el juez ya la comprobación del defecto que invalidaba al acto no depende de una investigación de hecho.

Sin perjuicio de las disímiles interpretaciones a las que convocaba la problemática (y que no es del caso considerar aquí) y referido a la visibilidad, podía entenderse también que el carácter ostensible, propio del acto nulo, se refería, sin más, a la posibilidad de ser subsumido ese defecto en una hipótesis normativa concreta.

De manera inversa, era anulable si la declaración exigía una comprobación pues el defecto se encontraba oculto en la estructura del negocio.

En el acto anulable y para declarar la efectiva nulidad, debe el juez realizar previamente una investigación de hecho a fin de descubrir la presencia del vicio.

A su vez, éste último era graduable y flexible ya que en el negocio se presenta de manera fluida e indefinida.

D. Valoración de la problemática a la luz de la reforma. Ya la doctrina tradicional había observado que la sistematización que de las nulidades había llevado a cabo nuestra doctrina, es fruto de una larga elaboración que ha debido superar dificultades producto de una labor del codificador que se nutrió de fuentes heterogéneas (Arauz Castex, 1954: 443).

En función de lo expuesto, en la redacción del actual Código Civil y Comercial se tuvo en cuenta que al asimilar la tutela del subadquirente de buena fe y sea el acto nulo o anulable, se despojó a la clasificación de la relevancia práctica que se le había atribuido.

A mayor abundamiento, recuérdese que el artículo 1051 del Código de Vélez (luego de la reforma 17.711) señalaba que todos los derechos transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud de un acto anulado quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados del poseedor actual.

Pero aquella reforma dejó expresamente a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, agregando: “sea el acto nulo o anulable”.

De acuerdo a esto último, no existirían motivos serios para defender la relevancia ontológica de la clasificación ya que la división entre actos nulos y anulables quedaría reducida a un proceso lógico que realiza el juez (Rivera, 1993: 962-1534 d).

La doctrina francesa, a su turno, ha considerado que la nulidad sólo opera por intervención del juez ya que no existe nulidad de pleno derecho, en el sentido de que un acto se reduce a la nada por la simple alegación. La nulidad debe ser computada por el juez pues hasta esa declaración de nulidad el acto nulo es una apariencia (en la doctrina francesa, (Ripert y Boulanger, 1963: n° 626: 451 y ss., puede verse también Planiol y Ripert, 1940, n° 282: 393).

Sin embargo, debe advertirse que la cuestión no es pacífica (En el derecho comparado, De Castro y Bravo, 1985, n° 522: 475).

Se ha puesto énfasis, sin embargo, en que el establecimiento de las nulidades de pleno derecho permite a la parte afectada que en ciertas ocasiones pueda actuar partiendo de la base de la invalidez del acto sin necesidad de acudir a la justicia y sin incurrir en responsabilidad civil.

Tal el caso del menor que por instrumento privado vende un inmueble y que llegado a la mayoría podría transferirlo válidamente sin necesidad de pronunciamiento judicial (Brebba, 1995: 608).

Por su parte y en nuestro medio, el actual artículo 45 del Código Civil y Comercial establece la situación de los actos nulos que fueron realizados por el incapaz o con capacidad restringida antes de la inscripción de la sentencia, y determina que podrá anularlo el juez siempre que se den los requisitos que la norma establece (artículo 45 Cód. cit).

Es a toda luz evidente cuál es la realidad del acto, debiendo el juez ajustarse a los extremos señalados por la norma ya que la medida exacta de la nulidad es legal y no judicial.

En otros términos, el acto jurisdiccional se limita a verificar los alcances y de allí las posibles consecuencias de la nulidad.

Lo había dicho una importante jurisprudencia: en los actos anulables la ley no puede establecer sino un principio de sanción, que será desenvuelto, definido y regulado por el juez en función de las circunstancias particulares que el caso presenta, valoradas de acuerdo a su criterio: es una nulidad intrínsecamente dependiente de la apreciación judicial (SCBA; 17/12/2014, entre otros).

Lo expuesto es exacto, pero debe ameritarse también que la decisión del juez depende de ese principio de sanción pues la extensión de la conducta se ajusta a las directivas y modalidades que le impone la norma.

En definitiva, se verá con el efectivo funcionamiento de la sistemática si el actual temperamento aceptado por el Código no exhibe algunas perplejidades, silencios o carencias.

E. Categorías admitidas en el Código Civil y Comercial

Las categorías expresamente admitidas por el Código Civil y Comercial son dos:

1) Nulidad absoluta y relativa. En la Sección 2ª del Capítulo 9 el nuevo Código Civil y Comercial —artículo 386— se refiere a los criterios legales que sirven para diferenciar a la nulidad absoluta y relativa.

Señala en efecto que son de nulidad absoluta los actos que contravienen al orden público, la moral o las buenas costumbres. En tanto que son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone ésta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas (conf. artículo 386 del Código Civil y Comercial).

Pasamos a considerar algunos aspectos de la novel normativa:

— *La nulidad absoluta*

De atenernos a lo expuesto el orden público, la moral y las buenas costumbres se erigen en el criterio rector que sirve para aludir a la categorización.

Sin embargo debe advertirse que a fin de caracterizar a la nulidad absoluta debe ameritarse si el interés privado afecta o compromete intereses generales.

En línea con lo expuesto pero en función de la anterior sistemática, la doctrina entendía que cuando se alude al orden público, a la moral o a las buenas costumbres se fijan nociones que intentan dotar de contenido a intereses generales y que el derecho privado, aquí y ahora, se propone proteger (Zannoni, 1986: 205 y ss.).

En tal sentido hay normas de orden público que cuando son violadas pueden dar lugar a nulidades relativas. Tal es el caso del acto realizado por un sujeto incapaz o con capacidad restringida que contraría la sentencia respectiva y es realizado con posterioridad a su inscripción. A tenor de lo dispuesto por el artículo 44 del Código tales actos son nulos.

Se trata de una nulidad relativa ya que es establecida en protección al sujeto al cual se refiere, y siendo así, es confirmarle por éste.

De manera que no se puede aludir a ésta categorización sin advertir que en la especie es de singular relevancia auscultar cual es la envergadura del interés comprometido, y de allí, debe advertirse que estamos frente a una sanción sumamente grave ya que el interés afectado (justamente) trasciende al de las partes del negocio.

Siendo un defecto superlativo y esencial el interés comprometido interesa a la colectividad en su conjunto y al orden económico social.

De lo expuesto se infieren las consecuencias que genera el acto de nulidad absoluta (artículo 387 del Código Civil y Comercial).

La nulidad absoluta puede declararse por el juez, sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia (artículo 387 citado).

En relación al Código de Vélez, la nueva normativa mantiene la necesidad de que aparezca manifiesta la causal de nulidad a fin de que el juez pueda declararla de oficio.

Difiere del artículo 1047 del Código Civil de Vélez en cuanto éste no sólo determinaba de forma expresa que el juez no sólo puede sino que además debe declarar la nulidad absoluta.

La redacción actual del artículo 387 del Código conduce a igual criterio, pues la caracterización de intereses inmersos en la problemática de la nulidad absoluta y sus presupuestos no eximirían nunca del deber del juez de declararla.

Justamente al redactar el precepto como se lo hizo manteniéndose la declaración de oficio de la nulidad si se presenta manifiesta al momento de dictar sentencia, se tuvo en cuenta “el concepto superior de valoración ética” (tal como decían los Fundamentos del entonces Anteproyecto), como criterio amplio que permita al juez impedir la vigencia de un acto que afecta un interés general.

De acuerdo también a los mismos Fundamentos del Anteproyecto es irrelevante el secundario aspecto formal, según que el vicio resulte del sólo instrumento o de éste, sumado a otra prueba auténtica o extrínseca, o aún, de una investigación de hecho que permita inferir la sanción.

En otro orden, señala el artículo 387 del Código Civil y Comercial que la nulidad absoluta puede alegarse por el Ministerio Público.

Obviamente la puede articular el Ministerio Público ya que el mismo es el encargado de velar por el interés general.

A su vez del rico texto emergente del artículo 387 citado se desprende que puede ser alegada por cualquier interesado, sean las partes o los terceros, y en la medida en que tengan un interés legítimo.

A su vez, la rica preceptiva deja a salvo que se invoque la propia torpeza para intentar sacar un provecho (artículo 387 citado). Es aplicación del principio moralizador *nulla turpitudinem propriam allegans*.

En definitiva, se mejora el sistema tradicional que impedía solicitarla a quien hubiese “ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba” (artículo 1047 del Código de Vélez).

El “conocimiento” del vicio no equivale necesariamente a mala fe. Lo razonable no es impedir sino —más bien— limitar la imposibilidad de articular la nulidad a quien haya actuado de mala fe y pretenda obtener un provecho de la declaración de nulidad. Nos parece que es la postura correcta.

De la misma forma y bajo tales lineamientos, si el causante de la nulidad no ejecutó el acto viciado, al ser demandado puede oponer la excepción de nulidad respectiva (conf. artículo 383 del C.C.C.N.).

A su vez, y prosiguiendo con el puntual análisis del artículo 387 del C.C.C.N., el mismo destaca que la nulidad absoluta no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

Que no pueda confirmarse es obvio pues ello implicaría que a través de esa convalidación se mantenga la ofensa al interés general.

A su vez, se destaca que la nulidad absoluta es imprescriptible y ello goza de toda lógica, pues de lo contrario se terminaría convalidando por el transcurso del tiempo el acto viciado por tamaño defecto.

— *La nulidad relativa*

A su vez (y como se advirtiera) el supuesto de la nulidad relativa la ley mira el interés individual, vale decir, se la establece sólo en protección de ciertas personas.

Consecuente con lo expuesto, la nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de aquel en cuyo beneficio la ley la establece (artículo 388 del C.C.C.N.).

El anterior Código (artículo 1047 Código de Vélez) establecía que se encuentran legitimados para interponer la acción de nulidad relativa “todos los que tengan interés en hacerlo” y se interpretaba que lo pueden hacer todos aquellos que sufran un agravio a raíz del acto defectuoso.

El artículo 388 señala que, excepcionalmente puede invocarla la parte contraria a la beneficiada con la declaración de nulidad, pero en tanto y en cuanto sea de buena fe y haya experimentado un perjuicio importante.

Las razones de la ampliación de la legitimación fueron dadas por los Fundamentos del Anteproyecto.

A tal fin se tuvo en cuenta la posibilidad de que la parte en cuyo beneficio se estableció la nulidad no la articule, y siendo así, la subsistencia del acto acarre perjuicios significativos a la otra que es, como se sabe, de buena fe.

En tal sentido, se da como ejemplo el contrato de locación celebrado con un enfermo mental no declarado y cuya situación le impide dar cumplimiento a lo pactado. A tal fin debe acreditar su buena fe, y además, el importante perjuicio que le genera el mantenimiento del acto.

Como bien se ha observado el nuevo Código mantiene la posibilidad de confirmar el acto y la prescripción de la acción de nulidad relativa la cual opera a los dos años (artículo 2562 a), modificando la sistemática del Código derogado (Malicki, 2015: 866).

Pero la última parte del artículo 388 del C.C.C.N. establece una excepción importante al principio general en materia de nulidad relativa: no puede invocarla aquel que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, si a su vez, obró con dolo.

Esto último da la pauta que el criterio rector en la materia es la contemplación de la buena o mala fe de quien intervino en el acto e intenta dejarlo sin efecto invocando su nulidad.

En función de ello se protege a quien de buena fe confió en la apariencia.

2) Nulidad total y parcial. En la Sección 3ª del Capítulo 9 el nuevo Código se refiere a ésta clasificación que (como se sabe) tiene en cuenta la extensión de la sanción de nulidad.

La evolución histórica operaba en torno a dos brocados latinos por cuales se respondía a la perplejidad que provocaba la posible reducción del negocio y ajustar (mediante la nulidad parcial) las pautas pactadas a las exigencias legales.

Por un lado se sostenía *utile per inutile non vitiatur*, vale decir, lo útil no debe ser viciado por lo inútil. Y por el otro lado, se hacía hincapié en que si se decreta la nulidad parcial puede un acto no ser el mismo al que se quiso y ello por cuanto se lo amputa o mutila, y además, *unus actus non potest pro parte valere, pro parte non*.

En el artículo 389 del C.C.C.N. se establece que nulidad total (llamada completa por Vélez en el artículo 1039 del Código derogado) es la que se extiende a todo el acto. En tanto que la nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones.

En otros términos, si la nulidad recae sobre una cláusula o un sector del negocio, la nulidad es parcial. En tal caso se invalidan aquellas partes afectadas por el vicio manteniéndose válidas las otras partes del negocio.

En tal sentido, el artículo 389 señala que la nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas en la medida en que sean separables, de lo cual se desprende que adopta el criterio de la separabilidad.

Se aparta del pensamiento más subjetivo de acuerdo al cual sólo puede procederse a la nulidad parcial si resulta que el contrayente lo habría celebrado si la parte nula hubiese sido omitida (conf. artículo 139 del BGB y artículo 1419 del Código italiano de 1942).

De acuerdo a nuestro sistema, serán separables —o independientes— si invalidándose las partes afectadas por el vicio se pueden mantener como válidas las otras partes de aquel, y ello ocurrirá, en la medida en que ese fraccionamiento del acto no le impida cumplir los fines que a través del mismo las partes se propusieron.

De allí que la segunda parte del precepto destaque que si no son separables es porque el acto no puede subsistir cumpliendo su finalidad. En tal caso se debe decretar la nulidad total (artículo 389 —2da. parte—).

Se debe atender, en efecto, a la finalidad práctica que se persigue a través del negocio y desde luego a las circunstancias del caso.

Del mismo modo la norma señala que en la nulidad parcial, y en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes (artículo 389 C.C.C.N. última parte).

La norma ubica la problemática en sus lógicos andariveles y ello, por cuanto permite al juez integrar, lo que supone interpretar el negocio a la luz de la ley, considerando que el propósito negocial se corresponda o mantenga con la validez parcial de mismo, y teniendo en cuenta, las circunstancias del caso y la buena fe.

Se ha sostenido que está referido sobre todo a la hipótesis en que deba el juez sustituir las cláusulas de un acto por normas imperativas y aquellos en los que las disposiciones se mantienen pero deben ser reducidas a límites razonables, como ser, en materia de intereses pactados (Santi, 2013 -E: 807).

Es lógico suponer que la nulidad parcial será más frecuente en materia testamentaria pero en la medida en que puede quedar en pie la voluntad del causante en su conjunto, y aun, cuando se invalide una parte del negocio unilateral (tal lo que ocurriría en un testamento con la invalidez de un legado, por ejemplo).

En los contratos la cuestión es más compleja ya que cada cláusula forma un conjunto, y es una parte seguramente necesaria del conjunto total convenido. Lo expuesto no impide (sin embargo) que el contexto permita inferir que el negocio igual se habría concluido sin esa cláusula inválida.

Se trata de abordar el sutil encuadre dogmático de la hermenéutica integradora en materia de nulidad parcial.

En la doctrina alemana se ha sostenido que la interpretación integradora en el negocio entre vivos siempre tiene naturaleza normativa, ya que alejándose del sentido dado por uno y otro de los contratantes, tiene su arranque en el contenido mismo del negocio tal como lo haya fijado la interpretación.

En la disposición por causa de muerte, por el contrario, la interpretación integradora tiene que producirse en el sentido del otorgante que dispone mortis causa. Sólo subsidiaria y prudentemente se aplica una interpretación integradora normativa. Es que el punto de partida de la interpretación integradora en los negocios inter vivos es la regla jurídica negocial y el objeto del contrato no debe ser ampliado ni modificado; en materia testamentaria, en cambio, se trata de desarrollar o acomodar la regulación a otra realidad, pero respetando la finalidad pretendida y de esa forma, lejos se está de establecer regulaciones que el testador no ha establecido (...) (Flume, 1998: 402 y ss.).

De allí que es tan importante la sutil labor de integración que le cabe al juez respetando, en su caso, la naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por el o los otorgantes considerando empero la variedad de los tipos negociales.

F. Efectos de la nulidad

En la Sección 4ª del Capítulo 9 el Código de marras regula acerca de los efectos de las nulidades (artículo 390 a 392 del C.C.C.N.).

En función a la mentada problemática debe advertirse que la misma puede proyectarse respecto de las partes (artículo 390 del C.C.C.N.) o en relación a terceros (artículo 392 del mismo).

En función de lo expuesto pueden señalarse las siguientes directivas:

1. Restituciones: cuando se habla de efectos de las nulidades se alude a las consecuencias que produce la declaración de nulidad, y como bien lo señala el artículo 390 del Código la nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido.

Obviamente si el negocio no se ejecutó y una de las partes reclama el cumplimiento de éste, la contraparte podrá defenderse interponiendo la excepción de nulidad (artículo 383 C.C.C.N.).

Pero de haberse cumplido (total o parcialmente) el artículo 390 citado obliga a restituirse recíprocamente lo obtenido como consecuencia del acto anulado invocándose la por vía de acción (artículo 383 citado).

Es decir, la sentencia tiene efecto retroactivo, y entonces, pronunciada aquella los otorgantes deben restituirse lo que se hubiesen entregado en virtud del acto, desapareciendo los derechos y las obligaciones que se desprendían de él.

En puridad, la restitución no proviene de la nulidad misma sino más rectamente del alcance de la sentencia, razón por la cual pueden existir razones ajenas a la nulidad y que obstan a la restitución (como ser un pago indebido).

De manera consecuente debe advertirse que la regla del artículo 390 no es absoluta y en tal sentido quedan exceptuados los terceros subadquirentes de derechos reales o personales sobre un inmueble o mueble registrable a título oneroso y de buena fe (artículo 392 C.C.C.N.).

A tono con lo expuesto, las restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, y siendo así, el ordenamiento remite a la normativa atinente a los efectos de las relaciones de poder (artículo 390 —última parte— del C.C.C.N. el que remite a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto referidos a los efectos de la posesión o tenencia).

2. Responsabilidad por el acto nulo. Señala el artículo 391 del C.C.C.N. que los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan.

Mejorando la fórmula del artículo 1056 del Cód. de Vélez, por la nueva normativa y siendo el acto insuficiente para cumplir los efectos previstos por las partes, puede sin embargo producir las consecuencias de los hechos en general y sin perjuicio de las reparaciones que puedan corresponder por los daños complementarios o suplementarios.

Es decir que puede producir los efectos de los hechos en general, de los actos ilícitos o de otro acto jurídico (artículo 384 C.C.C.N.).

Puede sostenerse entonces que se trata de la subsunción en otro supuesto jurídico.

Y si es un hecho ilícito puede dar lugar a las reparaciones que correspondan y la obligación resarcitoria es autónoma a los deberes de restitución (Zannoni, 1986: 238).

La acción resarcitoria es autónoma de la acción de nulidad, pero puede también ser complementaria, o bien supletoria o sucedánea de la obligación de restituir. Si ambas partes son culpables, el juez deberá examinar la incidencia causal de cada una de las culpas sobre la producción de la nulidad y a fin fijar el porcentaje de responsabilidad (Brebbia, 1995: 636).

Naturalmente si se acciona por daños deben acaecer en la especie los recaudos propios de la responsabilidad civil.

3. Efectos respecto de terceros. De similar forma en que lo hacía el artículo 1051 del Código de Vélez (texto según ley 17.711), el nuevo artículo 392 del C.C.C.N. señala que todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.

Es decir se protege la apariencia en favor del subadquirente de buena fe y a título oneroso; y ello en función de la seguridad jurídica, y al mismo tiempo, es intrascendente la gravedad del vicio en punto a los intereses tutelados.

A su vez, el artículo se refiere a los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable.

Lo relevante es la circunstancia de no tratarse de un vicio ostensible ni visible del acto antecedente (sustento de la buena fe), y a ello hay que añadir el hecho de que la titularidad del dominio del bien fue inscripto a nombre del enajenante (Zannoni, 1986: 217).

En torno al concepto de buena fe se ha sostenido que no basta la buena fe registral, y en esa senda debe recordarse que el artículo 4 de la ley 17.801 destaca que la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos que adoleciera según las leyes.

Ello implica sostener que el estudio de títulos de carácter notarial es necesario a fin de asegurarse de la legitimidad de los antecedentes de dominio del bien que adquiere (Cifuentes, 1986: 661).

Un tema interesante que la nueva normativa no aclara es si la norma protege o no a los actos viciados de nulidad absoluta pues se refiere, sin más, a quien ha llegado a ser propietario por un acto nulo.

A su vez, la última parte del artículo 392 del Código de marras sostiene que los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y a título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

Son las *enajenaciones a non domino* cuya singularidad ya había hecho considerar que la hipótesis no estaba subsumida en el viejo artículo 1051 del Código de Vélez.

Se trata de aquellos actos de disposición efectuados por quien no es titular del derecho transmitido o no se halla legitimado para representarlo (como, por ejemplo, si comparece al acto haciéndose pasar por el titular del derecho o sobre la base de un poder falsificado, etc.).

No encuadrable dentro de la categoría del acto nulo (ahora por expresa disposición legal), resta cuestionarse acerca de la naturaleza de las enajenaciones a non domino.

En torno a la anterior preceptiva la doctrina estimaba que, o se trata de un acto inexistente, o bien es inoponible, o bien, estamos ante un despojo que da lugar a la acción reivindicatoria.

El artículo 2247 del Código Civil y Comercial regula acerca de las acciones reales y establece que éstas representan los medios de defender en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales contra ataques que impiden su ejercicio.

Entre esas acciones la acción reivindicatoria tiene por finalidad defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y que corresponde ante actos que producen el desapoderamiento (artículo 2248 Código cit.).

III. Conclusión

Felizmente se ha plasmado en la normativa respectiva una teoría general de las ineficacias negociales.

En tal sentido, se ha reconocido dos categorías de suma importancia: junto a la tradicional nulidad se ha receptado expresamente a la inoponibilidad del acto o negocio respecto a terceros.

En materia de nulidades se ha purificado el régimen respectivo reconociéndose dos divisiones sustanciales: la nulidad absoluta y relativa, por un lado; y la nulidad total y parcial, por el otro.

Entre las categorías suprimidas se halla la de actos nulos y anulables. Un primer análisis es insuficiente a efectos de brindar una opinión definitiva y aun cuando no hay dudas de la tortuosidad que significaba, por sí, el consecuente encuadre en tales categorías.

Sin embargo lo antes expuesto nos impone cierta cautela a la hora de dar una opinión definitiva.

IV. Bibliografía

Bibliografía anterior a la reforma

- ARAUZ CASTEX, Manuel (1974). *Derecho Civil*; t. 2º. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho.
- BREBBIA, Roberto (1995). *Hechos y Actos jurídicos*, t. 2. Buenos Aires: Astrea.
- CIFUENTES, Santos (1986). *Negocio Jurídico*. Buenos Aires: Astrea.
- COMPAGNUCCI de CASO, Rubén (1992). *Negocio Jurídico*. Buenos Aires: Astrea.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985). *El Negocio Jurídico*. Civitas.
- FLUME WERNER (1998). *El negocio jurídico*. Fondo Cultural del Notariado, 4ta. Ed.; trad.: Miquel González y Gómez Calle.
- NIETO BLANC, Ernesto (1971). *Nulidad en los actos jurídicos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge (1940). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo Sexto, Primera parte. Cultural S. A.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean (1963). *Tratado de Derecho Civil* (según el Tratado de Planiol), t. 1. Buenos Aires: La Ley.
- RIVERA, Julio César (1993). *Instituciones de Derecho Civil*; tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ROTONDI, Mario. (1953). *Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ed. Labor.
- ZANNONI, Eduardo (1986). *Ineficacia y Nulidad de los actos Jurídicos*. Buenos Aires: Astrea.

Bibliografía posterior a la reforma

- BENAVENTE, María Isabel (2014). EN: Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo II.
- GRAFEUILLE, Carolina (2015). EN: Calvo Costa, Carlos, *Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley, t. 1.
- KITAINIK, Nicolás (2014). EN: Bueres, Alberto, *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. -1.
- MALIKI, Anahí (2015). EN: Rivera, Julio y Medina, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I. Buenos Aires: La Ley.
- SANTI, Mariana (2013). *La nulidad de los Actos Jurídicos en el Proyecto de Código*. Buenos Aires: La Ley, 2013-E, 807.

V. Jurisprudencia

- SCBA (2002/02/19)-Ac. 63.698-: Cuestas, Norma c/Ricotti, Juan Carlos s/ Reivindicación. Puede verse en DJBA 163,121, o JUBA, B- 26.121.
- SCBA (2014/12/15): Niro, Carmine y otros c/Riviere, Guillermo s/Nulidad escritura; Forneris, Néstor s/Incidente de desembargo en autos; o bien puede verse, SCBA (1997/12/29 - Ac, 69636): Banco de Crédito Argentino S. A. c/Chichilliti, María Cristina y Forneris, Hugo s/Ejecución hipotecaria <http://juba.scba.gov.ar>.

El régimen patrimonial del matrimonio en el Código Civil y Comercial

POR EDUARDO G. ROVEDA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Características del régimen. — III. La incorporación de los regímenes optativos. El debate. — IV. El debate en la doctrina contemporánea y la tendencia hacia la autonomía. — V. Convenciones matrimoniales. — VI. Disposiciones comunes a todos los regímenes. — VII. Principales reformas al régimen de comunidad. — VIII. El régimen de separación de bienes. — IX. Bibliografía.

I. Introducción

Uno de los aspectos destacados del Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.— es haber abandonado el régimen imperativo y forzoso y cambiarlo por uno convencional donde los esposos pueden optar.

Desde hace más de treinta años la mayoría de la doctrina se ha manifestado a favor de esta incorporación haciendo hincapié en la necesidad de renovar el régimen económico matrimonial que ha permanecido casi inalterado desde la redacción del Código (1).

Por otra parte, las sucesivas reformas parciales que el régimen sufrió han determinado una gran dificultad para su estudio, ello en virtud de que se modificaron aspectos sustanciales relativos al régimen (capacidad civil de la mujer casada, gestión y pasivo), sin producir una reforma integral del articulado, lo cual lleva a enormes dificultades para la interpretación del verdadero sentido de las normas no derogadas.

En el presente trabajo intentaré recorrer el régimen. Para hacerlo analizaré sus características distintas, el debate sobre las convenciones matrimoniales, las normas aplicables a los dos regímenes, las principales reformas en materia de comunidad y el nuevo régimen de separación.

II. Características del régimen

El Código Civil y Comercial abandona el régimen imperativo al permitir que los cónyuges opten por uno de los dos regímenes regulados. En rigor de verdad, tal como ha sido previsto, la opción se reduce al régimen de separación de bienes (artículo 446), ya que a falta de ella se aplica supletoriamente el régimen de comunidad, es de suponer que quienes no elijan la separación de bienes no expresen nada y como consecuencia se les aplique el supletorio a falta de opción (artículo 463).

Los cónyuges pueden cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya pasado un año desde la última modificación (artículo 449). Se establece además un conjunto de normas que resultan aplicables a ambos regímenes. En ellas se regula sobre la protección del hogar conyugal y su ajuar, el deber de contribución en las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas contraídas para sostener los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos.

(*) Prof. Titular Interino de Derecho Civil V y Prof. Adjunto Ordinario en Derecho Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) Ver Libro de Ponencias de la Comisión III del X Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Mendoza en 1998.

III. La incorporación de los regímenes optativos. El debate

El régimen imperativo de comunidad establecido por el Código Civil fue aplicado durante más de un siglo sin que, en lo sustancial, generará controversias doctrinarias ni mayores cuestionamientos sobre la justicia de sus resultados. Fue así mantenido por Bibiloni en su anteproyecto, por los redactores del Proyecto de 1936, por el Anteproyecto de 1954, y por la reforma de la ley 17.711 de 1968.

Las principales razones para sostenerlo son las siguientes:

a) La comunidad de ganancias es un régimen de estricta justicia para los matrimonios donde existe una diferenciación de roles, y uno de los cónyuges pone su mayor atención en el hogar y los hijos mientras el otro realiza una actividad externa más remunerativa en términos económicos. En las familias donde la esposa (o, menos frecuentemente, el marido) está dedicada principalmente al hogar y a la atención de los hijos, aunque tuviera alguna actividad complementaria empuerada, la alternativa de la separación de bienes llevaría a situaciones de extrema injusticia y desamparo al momento de la disolución del matrimonio o separación conyugal. Y significaría un injusto enriquecimiento para el otro cónyuge, que habría acumulado ganancias con el respaldo de quien estaba dedicada al hogar, para luego conservarlas exclusivamente para sí.

Y en los casos minoritarios de matrimonios donde ambos cónyuges realizan tareas remuneradas a la par (por ejemplo: marido y mujer profesionales, empresarios, etc.), aun cuando la comunidad de ganancias no resulta tan indispensable, de ningún modo lleva a un resultado injusto. En estos casos no se advierte cuáles serían las soluciones valiosas que un régimen imperativo de comunidad no permite alcanzar.

b) La institución matrimonial tiene un aspecto personal no pecuniario y un aspecto patrimonial. Son dos caras de la misma moneda, y es la misma sustancia la que da forma a ambas caras, caracterizada por la primacía del orden público, lo que resulta tanto del Código Civil, como luego de la ley 2.393, y de la ahora vigente la ley 23.515.

Es aconsejable que el aspecto patrimonial guarde coherencia con el aspecto personal; la posibilidad de discutir y convenir el régimen de bienes durante el matrimonio agregaría, más que un elemento de unión matrimonial, un innecesario motivo de fricción. Concordantemente, sostenía Bibiloni, en los fundamentos de su anteproyecto de reforma al Código Civil:

“Es manifiesto que la sociedad conyugal no es un contrato. Es impuesta por la ley; los esposos no pueden evitarla, su voluntad es inoperante. Se trata de un régimen, y de un régimen de orden público, concebido como necesario para mantener y estrecharla unión de los esposos, estimularlos en la cooperación, y vincularlos en la prosperidad común. Realiza el noble ideal del matrimonio, unión perfecta, completa, de dos seres que el afecto ha ligado, y que ninguna idea interesada debe separar.

La experiencia general revela que la cooperación existe, aun en los países en que la separación de los bienes es el régimen legal, entre los esposos bien avenidos, y que la separación efectiva trae el distanciamiento y la destrucción de la unión entre ellos”.

El matrimonio implica un proyecto común de vida, cuya armonía parece poco compatible con el enfrentamiento de los cónyuges en la negociación de un contrato matrimonial, o de su modificación (2).

El principio legal y social tiende a la integración de intereses y no a su contraposición.

c) El régimen legal único ofrece una mejor protección a los terceros, que pueden identificar la situación jurídico-patrimonial de la persona casada con quien contratan. El sistema convencional produce un margen de inseguridad, en especial si se admite su mutabilidad, y puede crear situaciones de gran

(2) Ver nota al artículo 1217 del Código Civil.

confusión jurídica en la relación y responsabilidad de los cónyuges frente a sus acreedores y contratantes, sobre todo si éstos corresponden a diversos períodos de sus cambiantes regímenes patrimoniales.

IV. El debate en la doctrina contemporánea y la tendencia hacia la autonomía

En las últimas dos décadas, el debate sobre las ventajas e inconvenientes de mantener la imperatividad o de admitir las convenciones se convirtió en un clásico en los congresos y jornadas de derecho civil realizados en nuestro país. En diversos encuentros donde se discutió el tema, como el Congreso Hispano-Americano de Derecho de Familia, realizado en Salta en 1983; en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987); en las II Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (Buenos Aires, 1992) y el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998), ha predominado el criterio favorable a la admisión de regímenes convencionales.

En particular, en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 20 al 24 de septiembre de 1998), la Comisión 3 dedicó un espacio importante a la cuestión. Las recomendaciones de la mayoría fueron las siguientes:

“1. El principio de la autonomía de la voluntad, que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio, y los cónyuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial de su matrimonio. 2. El legislador deberá determinar si esa opción es libre o si sólo se puede optar entre regímenes patrimoniales previamente establecidos. A falta de opción regirá supletoriamente el régimen de comunidad de bienes, o el que prevea la ley (...) 7. La opción por el régimen patrimonial convencional debe poder efectuarse en el acto de la celebración del matrimonio, antes del mismo o durante su vigencia. 8. Las convenciones sobre el régimen de bienes en el matrimonio deben ser formales y satisfacer las exigencias del régimen publicitario registral para la protección de terceros”.

En el derecho comparado predomina también la aceptación de las convenciones, con diversas variantes en cuanto al régimen legal básico, a las opciones admitidas, y a su mutabilidad.

La Convención de La Haya de 1978 sobre regímenes matrimoniales, suscripta por algunos países europeos, sienta igualmente el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges en esta materia.

Paralelamente a la expansión de los regímenes convencionales, en las últimas décadas se ha producido una corriente inversa, tendiente a moderar los resultados injustos a los que puede llevar el régimen de separación de bienes (aun siendo convencional). Esa tendencia se expresa a través del establecimiento legal de núcleos imperativos —protección del “patrimonio familiar” y otras variantes— que restringen la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y de la admisión jurisprudencial de “prestaciones compensatorias” para el cónyuge que se ve muy perjudicado por las consecuencias estrictas de una separación de bienes (por ejemplo, las reformas del Código Civil francés de 1965, del Código Civil español de 1981, del Código Civil de Quebec de 1989).

En nuestro país se aducen múltiples razones a favor de la admisión de las convenciones:

Se señala que el régimen imperativo de comunidad se relacionaba con una estructura económica y social de la familia (la mujer reservada a la vida doméstica y a la crianza de los hijos) que ha cambiado sustancialmente, pues ahora hombre y mujer comparten el mercado de trabajo y desarrollan actividades económicas productivas en un pie de igualdad; que el pluralismo social aconseja no imponer un modelo único y permitir que los directamente interesados elijan el que más se ajusta a sus circunstancias; que la igualdad entre los cónyuges implicare conocerles la libertad para acordar sus propias reglas patrimoniales; que la evolución del derecho de familia le concede un lugar cada vez más amplio a la autonomía de la voluntad; que la vigencia del divorcio genera segundos matrimonios donde los contrayentes frecuentemente no quieren verse nuevamente atados por las complicaciones del régimen patrimonial comunitario; y que la circunstancia de que una eventual mayoría prefiera para sí el régimen de comunidad no justifica imponer esas reglas a la minoría.

Se reconoce el peso de todos los argumentos expuestos, la autoridad de quienes los sostienen, y el claro predominio en el derecho comparado, de los sistemas convencionales.

A pesar de todo ello, entiendo que la reforma propuesta puede ser perjudicial y puede acarrear más inconvenientes que beneficios.

Una de las razones que, históricamente, sustentaba la justicia del régimen imperativo de comunidad era proteger los derechos de la mujer-ama de casa, colocada en una situación de inferioridad económica y jurídica respecto del marido.

Actualmente, la desigualdad jurídica ha sido superada, y los convenios internacionales, la Constitución Nacional y las normas sustanciales de nuestro derecho civil ponen a los cónyuges en un pie de igualdad.

Quienes argumentan a favor de la admisión de las convenciones matrimoniales, sostienen que dicha igualdad también existe en el plano económico y social, y que ya no se justificaría tomar en cuenta como situación predominante al esquema “marido proveedor-mujer ama de casa”.

No comparto esa opinión. Es obvio que las condiciones económico-sociales de la relación matrimonial son muy diferentes a las de la época de Vélez Sarsfield, y que la participación de las mujeres en la vida profesional y empresaria y en el mercado de trabajo ha crecido notablemente. Sin embargo, estamos muy lejos de una verdadera igualdad, que pudiera colocar a la gran mayoría de las esposas en una situación de paridad con sus maridos, para la negociación y defensa de sus intereses patrimoniales.

Con razón, Borda (1993) observa el carácter ficticio del argumento que vincula la convencionalidad con la “igualdad jurídica de los cónyuges”, señalando que éste no tiene sustento en nuestra realidad social.

Conforme datos de la Encuesta de Hogares del INDEC, en el área metropolitana de Buenos Aires, en 1997, un 47,6% de los hogares se sostenían sobre un único proveedor varón, quedando la mujer en las tareas del hogar; un 40,2% eran sostenidos por los dos integrantes de la pareja, y un 3,2% exclusivamente por la mujer. Sin embargo, como se verá, aun en aquellos hogares con doble fuente de ingreso, las posibilidades de las mujeres son marcadamente inferiores.

Según el INDEC, en la misma zona y año, sobre una población ocupada de 4.510.867 personas, 2.799.989 eran hombres (62%) y 1.715.878 mujeres (38%). Dentro de los que se hallaban empleados, un hombre con grado universitario ganaba, en promedio, un 47% más delo que ganaba una mujer de su mismo nivel profesional. Las diferencias del promedio de ingreso, siempre a favor del hombre, erann en el sector industria, del 32,5%; en el comercio, del 33,3%, y en las finanzas, del 19,7%. En el interior del país las brechas resultantes del esquema social tradicional se agrandaban.

Según un estudio realizado a pedido de la Organización Internacional del Trabajo, en la ciudad de Buenos Aires y alrededores, los puestos directivos de la industria corresponden en un 95% a hombres y en un 5% a mujeres; y los de los servicios y de la construcción, en un 94% a hombres y en un 6% a mujeres; otra investigación indica que, sobre un total de 12.598 directivos de empresas comerciales, 11.376 son hombres (90,3%) y 1.222 son mujeres (9,7%). Otro informe del año 2010 de la misma OIT indica que la tasa de actividad de la mano de obra femenina aumentó de 50,2 a 51,7% entre 1980 y 2008. La región donde se registró mayor crecimiento fue precisamente América Latina y el Caribe. Sin embargo, según el mismo estudio, existen tres áreas en las que todavía persisten desequilibrios en materia de igualdad de género en este ámbito. En primer lugar, casi la mitad (48,4%) de la población femenina con más de 15 años permanece económicamente inactiva, comparado con el 22,3% de los hombres. En algunas regiones, todavía hay menos de 4 mujeres económicamente activas por cada 10 hombres activos.

En segundo lugar, aquellas que quieren trabajar tienen más dificultades que los varones a la hora de encontrar empleo. Por último, cuando las mujeres encuentran trabajo reciben menores salarios y beneficios que los del sexo opuesto en posiciones similares (3).

Señalan Fleitas Ortiz De Rozas y Roveda (2012) que un estudio de la consultora FIEL del año 2006 indica que sólo el 11% de los cargos directivos en empresas de primera línea son ocupados por mujeres. Frente a la realidad social indicada, el régimen de comunidad de ganancias parece el más adecuado para asegurar, dentro de la comunidad de vida y de intereses que es el matrimonio, una justa consideración del esfuerzo y de las tareas poco o nada remuneradas de las mujeres. En cambio, la aplicación de un régimen de separación de bienes a la realidad social indicada podría significar, al momento de su conclusión por divorcio, separación o muerte, una situación de verdadero despojo y desamparo para las esposas. Y esto poco tiene que ver con proteger los “derechos de las minorías”, como se ha argumentado para defender la reforma. Parece, más bien, una regresión a los principios más crudos del capitalismo individualista del siglo XIX, que siempre legitimó los beneficios de los más poderosos con el disfraz del “respeto a la libertad”.

V. Convenciones matrimoniales

Como he adelantado, el Proyecto modifica una de las características de nuestro régimen de bienes al admitir la opción entre dos regímenes.

El artículo 446 del ordenamiento proyectado reproduce en parte el actual artículo 1217 del Código Civil y agrega dos disposiciones. En primer lugar, admite la denominada convención de inventario y agrega como inc. b) la posibilidad de inventariar también las deudas que cada uno de los cónyuges posea antes del inicio de la unión. El inc. c) regula las donaciones *propter nuptias*.

El último inciso regula la opción. Allí se establece que antes del matrimonio los cónyuges pueden optar por alguno de los regímenes previstos en el Proyecto. En rigor de verdad, la única opción es el régimen de separación de bienes, ya que en el artículo 463 el régimen de comunidad es supletorio cuando no se hace uso de la facultad de optar.

En cuanto a la forma de las convenciones, éstas deben ser realizadas en escritura pública. Lamentablemente no se ha previsto la posibilidad de realizarlas en instrumento privado sujeto a homologación judicial, que hubiere resultado una opción más económica para los futuros contrayentes (4).

La validez de las convenciones se encuentra condicionada a la celebración del matrimonio. En cuanto a su oponibilidad a terceros, se establece la obligatoriedad de registrar esa convención como anotación marginal en el acta matrimonial.

Los menores de edad que contrajeran matrimonio mediante dispensa judicial o autorización de sus padres (artículo 404) no pueden celebrar convenciones matrimoniales.

Se prevé además la posibilidad de modificar la opción ejercida luego de un año de vigencia, no existe ningún límite en el número de veces que el régimen puede ser modificado. Entiendo disvaliosa esta posibilidad de tener al régimen de bienes del matrimonio en constante modificación por encontrar disfuncional a la vida marital. Para que la modificación tenga efectos frente a terceros también debe anotarse marginalmente en el acta matrimonial. Los acreedores pueden solicitar que la modificación del régimen les sea inoponible si ello les acarrea perjuicios. La acción para reclamarla prescribe al año de haber conocido el cambio de régimen. La norma será aplicable exclusivamente a los acreedores de los cónyuges bajo el régimen de comunidad que cambian al de separación y exclusivamente para las deudas reguladas en el artículo 467 (conservación y reparación de los bienes comunes), ya que éste es el único caso donde el perjuicio puede eventualmente producirse.

(3) www.oit.org.pe

(4) Los proyectos de 1993 y 1998 sí preveían esa posibilidad.

VI. Disposiciones comunes a todos los regímenes

Régimen primario

A partir del artículo 454 se establece un conjunto de disposiciones aplicables a ambos regímenes. A ellas se las denomina régimen primario y su contenido tiende a paliar las eventuales consecuencias disvaliosas de la aplicación del régimen de separación de bienes.

En el régimen primario está integrado por: a) el deber de contribución; b) la protección de la vivienda familiar y c) la responsabilidad solidaria.

VI. 1. Deber de contribución

En el artículo 455 se regula la obligación de ambos esposos de contribuir, en proporción a sus recursos, al sostenimiento del hogar y el de los hijos comunes. Se incluyen en la normativa a los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan con ellos.

En realidad se trata de la faz económica del deber de asistencia recíproca previsto en los artículos 431 y 432. La norma resulta entonces innecesaria debido a que el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes se encuentra contenida en la responsabilidad por los alimentos derivados del matrimonio y la responsabilidad parental. En cuanto a los hijos de cualquiera de ellos que convivan con el grupo familiar, se aplican las reglas previstas para el progenitor afín (artículos 672 y ss.).

VI. 2. Protección de la vivienda familiar

VI.2.1. Asentimiento

Se requiere asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar así como para los inmuebles indispensables de ésta. Entiendo que el concepto vivienda familiar refiere a aquella donde los cónyuges viven de consuno.

Se trata también de actos que impliquen la disposición material del bien. Esto puede ser su venta, pero también puede ser aplicado cuando se intente comprometer su destino como en el caso de constituirse hipoteca sobre él. Entendemos también que debería requerirse el asentimiento para el caso de que se comprometa el uso de la unidad habitacional, por caso que quiera otorgarse el derecho de uso y habitación, se lo ofrezca en comodato o en locación.

También se requiere del asentimiento para el supuesto de disposición de los bienes muebles indispensables de ésta, como también para transportarlos fuera de ella. Por muebles indispensables deberá entenderse todos aquellos que sean imprescindibles para las necesidades básicas de las personas que allí habiten.

Al regular el mandato entre cónyuges se prohíbe otorgar asentimiento general anticipado, tal como lo había señalado la doctrina en el régimen vigente del artículo 1277.

VI.2.2. Inejecutabilidad

Se establece como protección frente a terceros de la vivienda familiar que ella no pueda ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio. Se intenta así proteger al grupo familiar y su asiento. Sin perjuicio de ello, la norma permite la ejecución en caso de deudas contraídas por ambos cónyuges; ello así porque de aplicarse a todas las deudas la vivienda familiar se encontraría fuera del comercio y existen casos donde las necesidades de la familia exigen la toma de préstamo para, por ejemplo, ampliar la vivienda, mejorarla, o cambiarla por otra que se ajuste mejor a sus necesidades.

No se entiende, sin embargo, el agregado de deudas contraídas por uno de los cónyuges con el asentimiento del otro, ya que el hecho de estar casado no impide obligarse y el acreedor no puede exigir ese asentimiento. En esos casos los acreedores seguramente preferirán tener dos deudores.

VI.2.3. Responsabilidad solidaria

El artículo 461 establece la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos. La remisión al artículo 455 relativo al régimen de contribución implica que por hijos debe entenderse tanto a los comunes como los de cualquiera de los cónyuges que habiten con ellos.

Aquí el cambio es sustancial, ya que se amplía la responsabilidad que hasta ahora se encontraba regulada en el artículo 6° de la ley 11.357.

Así, al establecerse una responsabilidad solidaria ello significa que ambos cónyuges responderán, cualquiera que sea el régimen elegido, con todos sus bienes frente a los acreedores en este tipo de obligaciones.

VII. Principales reformas al régimen de comunidad

VII.1. Régimen de los contratos entre cónyuges dentro de la comunidad

El Proyecto presentado por la Comisión redactora no incluía ninguna norma relativa a la prohibición de contratar entre cónyuges, ello implicaba abandonar el sistema del Código Civil y restringía la capacidad de contratar entre sí desde dos aspectos, por un lado imposibilitando la transferencia de bienes entre ellos y por otro prohibiendo contratos donde la naturaleza de las prestaciones era incompatible con la relación matrimonial.

Esta falta de límite a la libertad de contratación fue criticada por la doctrina y en los diferentes encuentros que realizó la Comisión Bicameral. Como consecuencia de ello ésta agregó un inciso —el d)— al artículo 1002, prohibiendo genéricamente los contratos entre cónyuges.

Si bien era necesario establecer algún tipo de limitación a la capacidad de contratar entre cónyuges, sobre todo en lo referente a la transmisión de propiedad entre ellos durante la unión por las eventuales consecuencias que ello podría acarrear en el marco del derecho sucesorio, la fórmula elegida no es feliz.

Así el propio Código en el régimen aplicable a ambos regímenes regula el mandato entre cónyuges (artículo 459) que estaría prohibido cuando están bajo el régimen de comunidad, lo cual resulta a todas luces incongruentes.

Entiendo que ello se produce por haber agregado una prohibición genérica sin analizar las consecuencias sobre el resto del ordenamiento.

VII.2. Calificación de bienes

En relación con la calificación de los bienes, una de las modificaciones más trascendentes es el carácter ganancial de las creaciones intelectuales, como los derechos de autor o de invención. En el régimen vigente se establece el carácter propio de los derechos intelectuales y la ganancialidad de su producido durante la comunidad.

La doctrina ha debatido extensamente la solución que el texto legal recepta. Autores como Llambías y Alterini (1982), Guastavino (5), Mazzinghi (1972), Méndez Costa (2001) y Zannoni (1998) se han pronunciado a favor de la ganancialidad de la obra intelectual basados en que toda obra intelectual refleja el talento de su autor, pero también se compone de su trabajo y esta característica es común a cualquier tipo de trabajo cuyos frutos son gananciales. Se ponen como ejemplo otras labores profesionales: al llevar adelante un juicio, elaborando la demanda, seleccionando los hechos, evaluando la prueba y argumentando sobre su mérito, o cuando se concibe, dirige y ejecuta una obra de ingeniería,

(5) Guastavino, Elías P., “Los derechos intelectuales y la comunidad de bienes en el matrimonio”, ED 21-430; Medina, Graciela, “Derecho de autor y régimen patrimonial del matrimonio”, LL 1998-E-1022.

sin dudarse encuentra presente el talento creador del abogado o ingeniero. ¿Porqué en estos casos nadie duda del carácter ganancial de los honorarios percibidos? Estos autores proponen que, a la liquidación, la obra sea incluida íntegramente en la hijuela de su autor y se compense su valor en la hijuela del otro cónyuge. Ésta es la solución que adopta el Código Civil y Comercial mediante el instituto de la atribución preferencial (artículo 499).

Fassi y Bossert (1977) en perspectiva opuesta, han sostenido que el derecho de autor supone un monopolio de explotación que otorga al titular un poder soberano sobre su obra, lo que no permite considerarla como ganancial. La obra tiene un contenido extrapatrimonial que pertenece en exclusividad a su autor. Así, será exclusivamente él quien decida su publicación o no, su forma, título y hasta retirarla de la circulación. Compartimos esta posición en razón de la naturaleza personalísima del acto de creación que configura el derecho del autor o inventor, donde el elemento decisivo para su reconocimiento es la originalidad, lo cual justifica su carácter de bien propio.

El Proyecto establece que el derecho moral del autor (derecho a la integridad de la obra entre otros) es propio del su autor o inventor.

Siguiendo con cuestiones relativas a la calificación se incorpora expresamente en el articulado la denominada “teoría de conservación del plantel”, donde las crías que nacen cuando se trate de ganado propio sólo adquieren carácter ganancial cuando exceden el plantel originario. A idéntica solución se llegaba aplicando analógicamente el artículo 2902 del Código Civil.

Una novedad en este sentido es la admisión de recompensas cuando el ganado hubiere mejorado en la calidad de su composición por aplicación de técnicas genéticas. La solución es justa, ya que la mejora del plantel en su calidad genera un mayor valor que se obtiene con la inversión de fondos de carácter ganancial.

Otra de las corrientes jurisprudenciales predominantes que se incorporan al articulado es la denominada “calificación única”. Así se establece expresamente la solución del plenario “Sanz”, donde la adquisición sucesiva con fondos gananciales de un bien cuya primigenia parte indivisa fue adquirida con fondos propios se considera íntegramente como propio, sin perjuicio de la recompensa a favor de la comunidad por los valores invertidos (6).

En cuanto a la adquisición de bienes con fondos de distinto origen se establece que si los bienes se adquieren por permuta de otros de origen propio, el bien adquirido sigue la suerte del primero (subrogación real). Sin perjuicio de ello se dice que si se aportan fondos gananciales y ellos superan el valor propio del bien permutado, el bien será calificado íntegramente como ganancial. No se resuelve el caso de igualdad de valores; entiendo que en ese caso la calificación debe ser como ganancial (7).

VII.3. Gestión de los bienes gananciales

He adelantado que el régimen de gestión tiene normas de protección de la vivienda familiar que resultan aplicables a ambos regímenes.

Para los bienes no incluidos en la regulación imperativa se prevé mantener el régimen vigente de separación en cuanto a su gestión.

Así, los artículos 469 y 470 establecen que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales por el adquirido.

Donde sí se producen modificaciones es en cuanto al régimen de asentimiento. Éste es requerido cuando se trata de enajenar o gravar bienes gananciales. Debe notarse que la norma ya no utiliza el verbo “disponer” como usa el 1277, sustituyéndolo por el de enajenar. Esto se debe a que si bien la doctrina

(6) Cámara Nacional Civil, en pleno, 15/7/1992, “Sanz, Gregorio O.”, LL 1992-D-260 - DJ 1992-2-501 - ED 149-103.

(7) Cámara Nacional Civil, sala I, 23/11/2006, LL 2007-A-477.

se había inclinado por un concepto “jurídico-económico” para definir a un acto como de disposición, lo cierto es que nuestros registros se encuentran organizados por categorías “jurídico-formales” donde era requerido el asentimiento para la enajenación.

La norma se aplica a bienes registrables y se agregan los siguientes:

a) Acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública. Esto concluye con un debate acerca de la necesidad de asentimiento para la enajenación de estos títulos registrables ante la propia sociedad.

b) La participación en sociedades no exceptuadas en el artículo anterior. Se trata aquí de los casos en que uno de los cónyuges participe como socio en cualquier tipo de sociedad y desee enajenar su participación en ellas.

c) Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios. Entiendo que se trata de fondos de comercio de carácter ganancial. El problema que se advierte es que este tipo de actividades no son registrables sino en las partes que componen el negocio (inmuebles, maquinaria agrícola, etc.), razón por la cual aparece dudoso quién controlará la existencia del asentimiento.

Agrega el artículo que las promesas de venta de los bienes anteriormente enumerados también requieren asentimiento conyugal.

El cónyuge cuyo asentimiento faltase puede demandar la nulidad del acto dentro de los seis meses de haberlo conocido y no más allá de los seis meses de la finalización del régimen.

VII.4. Responsabilidad frente a los acreedores

Se mantiene el principio general de separación de responsabilidades donde cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y con los gananciales por él adquiridos.

Donde sí se produce un cambio significativo es en el caso de deudas contraídas para la reparación y conservación de los bienes comunes. En este caso la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda se extiende a todos sus bienes gananciales, a diferencia del régimen anterior, donde la obligación se extendía sólo a los frutos de propios y gananciales (artículo 6º, ley 11.357).

VII.5. Extinción

El artículo 475 regula las causales de extinción que son, básicamente, similares a las del Código vigente. Se agrega la modificación del régimen matrimonial por convención entre los esposos. Esto resulta lógico y concordante con lo dispuesto en el artículo 449, que autoriza la modificación del régimen durante la unión matrimonial.

Es curioso que se mantenga dentro de las causales de separación judicial de bienes al concurso preventivo o la quiebra en virtud de las críticas que el actual artículo 1294 ha sufrido al haberse cuestionado su sentido y utilidad en relación con el régimen de separación de responsabilidades.

Se reemplaza la causal de abandono de hecho de la convivencia por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse. Resulta llamativo que se utilice la fórmula “separado de hecho sin voluntad de unirse” cuando esta causal ha desaparecido de nuestro ordenamiento.

El artículo 480 regula el momento desde el cual se debe considerar extinta la comunidad. Aquí aparece como novedad que la sentencia de divorcio o anulación del matrimonio en los casos que ha sido precedida por una separación de hecho, la disolución tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

Esto es una novedad que tiene el ordenamiento y reemplaza al artículo 1306, tercer párrafo. Resulta lógico este reemplazo en razón de haberse eliminado las causales de divorcio.

De todas formas, la solución proyectada establece un margen de incertidumbre fundamentalmente en relación con terceros acerca del día de la disolución. Además, ella no suele producirse en un día, sino que, en general, se producen idas y vueltas previos a la ruptura de la convivencia. Entiendo que hubiera resultado correcto hablar de la “época” de la separación. Por otra parte, imagino la existencia de juicios donde los ex cónyuges debatan acerca del día de la separación para determinar el carácter propio o ganancial de algún bien.

Por último se deja librado al arbitrio judicial la extensión del efecto retroactivo, apelando a la existencia de fraude o abuso de derecho, lo cual, a mi entender, genera una incertidumbre aún mayor, fundamentalmente en la calificación de los bienes.

VII. 6. Indivisión poscomunitaria

Sabido es que en el régimen vigente se parte del disvalor hacia las indivisiones no queridas por los comuneros (ver nota artículo 3451 del Código Civil). Por esa razón, el codificador no incluyó ninguna norma relativa a la indivisión poscomunitaria. Ello generó un gran debate en nuestra doctrina acerca de la naturaleza jurídica de esa indivisión y los problemas que se plantearon para resolver el uso de los bienes durante ese período, el régimen de gestión sobre ellos y, fundamentalmente, el régimen de deudas de los cónyuges durante ese período.

El C.C.C.N. regula la cuestión y adopta la postura de Zannoni (1998:631), que distingue las causales de disolución a los efectos de la regulación. Así, el artículo 481 establece que si la extinción se produce por muerte, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. Ellas también resultan aplicables al caso de muerte de uno de los cónyuges durante la indivisión.

En este último aspecto se aparta de la postura del autor citado, ya que él distingue además en caso de muerte en deudas contraídas durante la comunidad y las contraídas por el superviviente luego de la muerte del otro.

En caso de extinción en vida de ambos cónyuges se aplican los artículos 482 a 487 del régimen proyectado. En ellos se resuelve:

VII.6.1. Administración

Se otorga a los ex cónyuges la posibilidad de acordar la gestión de los bienes indivisos. A falta de acuerdo se aplica el régimen de separación de gestión.

Se crea una nueva obligación que es la de informar al otro, con antelación razonable, la intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria y se otorga el derecho de formular oposición a esos actos.

No se entiende el sentido de esta última disposición. En primer lugar cabe preguntarse qué se entiende por “antelación razonable” y en segundo lugar, qué se entiende por “administración ordinaria”. En cuanto a este último punto, he señalado que el Código en el artículo 470 al regular la gestión durante la comunidad ha utilizado el verbo “enajenar”. Podría entenderse que los actos de administración ordinaria serán aquellos que no importen la enajenación del bien. Por otra parte no se encuentra prevista la sanción ante la falta de cumplimiento de la obligación de informar, claro está que si el acto es de enajenación o gravamen la falta de asentimiento determina su eventual nulidad pero como he adelantado, no parece estar previsto para este tipo de actos.

VII.6.2. Uso de los bienes

Otra novedad en este aspecto es la regulación del uso de los bienes indivisos durante este período. Aquí, tal como lo ha sostenido la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, se concede a ambos cónyuges el uso y disfrute de los bienes indivisos. Sin embargo, no se establece el pago de un canon locativo por el uso exclusivo que realice alguno de ellos. Del segundo párrafo del artículo 484

puede inferirse que los excónyuges pueden acordar el pago de ese canon, y a falta de acuerdo lo determinará el juez.

En el tercer párrafo de la norma que venimos analizando se reafirma el concepto por el cual la indemnización sólo es debida desde el momento de la oposición que realizare el cónyuge que no disfruta del bien.

La doctrina ha sostenido que una de las características de los bienes indivisos durante este periodo es su fungibilidad. Ese concepto se encuentra presente en el artículo 485, donde se establece que sus frutos y rentas acrecen a la indivisión.

VII.6.3. Pasivo

El tema más conflictivo en materia de indivisión poscomunitaria es el de la responsabilidad frente a los acreedores. El Código Civil y Comercial se inclina por la tesis que mantiene la aplicación de los artículos relativos al régimen de deudas durante la comunidad.

Así se establece la continuidad de los artículos 461, 462 y 467 del ordenamiento durante este período. También se otorga expresamente la posibilidad del acreedor de subrogarse en los derechos de su deudor y solicitar la partición de la masa común (artículo 486). En el artículo siguiente se establece como principio general que la disolución no puede afectar la integralidad del patrimonio del deudor (8).

VII.7. Recompensas

En la sección séptima, bajo el título “Liquidación de la comunidad”, se regulan, ahora de manera expresa, las recompensas. Recordemos que en el Código Civil no existe una normativa sistemática para estos casos. Sin embargo, ellas han sido admitidas por la doctrina y la jurisprudencia predominante. No me detendré en el análisis de las recompensas reguladas porque ellas son las mismas que la doctrina y la jurisprudencia ya había admitido.

Señalo que en la sección se regula, por un lado, las cargas de la comunidad (489 y 490) y además se enumeran casos de recompensas estableciéndose en el primer párrafo del artículo 491 el principio general por el cual se debe recompensa cuando se ha beneficiado a la comunidad en detrimento del patrimonio propio o se ha beneficiado al patrimonio propio en detrimento de la comunidad. Se enumeran además dos casos; uno de ellos es la venta de bienes propios sin reinversión, donde se establece con carácter *iuris tantum* que el precio ha beneficiado a la comunidad.

También se regula otro caso, que es el mayor valor de la participación societaria con carácter propio de uno de los cónyuges debido a la capitalización de utilidades durante la comunidad. Esta solución se aplica también a los fondos de comercio. Se inclina entonces el C.C.C.N. por la postura doctrinaria que admite recompensas en este caso.

No comparto ese criterio. La utilidad es el resultado de ganancias del ejercicio. Para convertirse en dividendo necesariamente debe existir una asamblea que así lo establezca, sólo allí se puede utilizar el concepto de fruto.

Por tal criterio, las utilidades de las sociedades sólo son ganancias cuando la misma sociedad así lo decide, ya que puede suceder que las utilidades deban invertirse a los efectos de conservar o mejorar su situación en el mercado.

Entiendo entonces que la solución propuesta es errónea y que debería haberse regulado el supuesto en el cual uno de los cónyuges en uso de sus facultades societarias hubiere detraído indebidamente dividendos.

(8) Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, 17/9/1984, JA 1985-I-496; íd., 10/11/1992, LL 1993-C-244.

Otra novedad que se presenta es la solución relativa al monto de la recompensa estableciéndose, al igual que el Código Civil francés, que en caso de existir diferencia entre la erogación y el provecho subsistente se tomará siempre el valor menor.

En el artículo 495 se establece, adecuadamente, que la recompensa es una obligación de valor y, en consecuencia, su saldo debe ser colacionado a la masa común y sólo en caso de insuficiencia de la masa ganancial ello se traducirá en un crédito de un cónyuge contra el otro.

VII.8. *Partición de la comunidad*

Al igual que en el régimen del Código Civil, la acción para la división de los bienes es imprescriptible. Se establece como principio general la división por mitades, pero se otorga a los interesados capaces la posibilidad de convenir una división diferente.

En atención al carácter ganancial que se le otorga a la propiedad intelectual o artística se establece un derecho preferencial del autor sobre esos bienes. Igualmente se regula en relación con los bienes de uso vinculados con la actividad profesional o comercial. También se establece un derecho sobre la vivienda y un eventual canon locativo por ese uso exclusivo.

VIII. El régimen de separación de bienes

Se entiende por régimen de separación de bienes a aquel donde cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de los bienes adquiridos durante la unión matrimonial sin que exista ninguna expectativa de compartir dichos bienes.

Se trata, en palabras de Belluscio (1994), de un régimen egoísta que no refleja la comunión de vida que el matrimonio implica.

La principal consecuencia del régimen es la separación de gestión y la separación de responsabilidad frente a los acreedores, salvo lo dispuesto para el hogar conyugal y el régimen de responsabilidad solidaria previsto en el artículo 461.

El artículo 506 regula la posibilidad de adquisiciones conjuntas de los cónyuges dentro de este régimen y otorga la posibilidad de probar la compra exclusiva del bien por cualquiera de ellos. A falta de prueba se presume que el bien pertenece a ambos por mitades. El artículo otorga a los jueces la facultad de denegar la división del condominio reclamado por alguno de los cónyuges si el interés familiar resulta comprometido.

Como he adelantado, se puede dejar de lado el régimen de separación para pasar al de comunidad.

No ha recibido el ordenamiento proyectado la norma prevista en el artículo 1438 del Código Civil español, que otorga una compensación económica al cónyuge que desarrolló durante la convivencia trabajos para la casa. Entiendo que ella puede encontrarse comprendida en la compensación económica prevista en el 441.

IX. Bibliografía

AXELRUD DE LENDNER, Rosa M. y MASSA, María E. (1986). "La transferencia de acciones nominativas no endosables y el consentimiento conyugal", EN: *Revista del Notariado*, nro. 804.

ARIANNA, Carlos y ILUNDAIN, Mirta (1998). "Los bienes gananciales ante la insolvencia del cónyuge", EN: *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, nro. 13, p. 163.

BELLUSCIO, Augusto C. (1994). *La elección del régimen patrimonial por los esposos*. Buenos Aires: La Ley 1994-A, 799.

- BORDA, Guillermo (1993). *Tratado de Derecho Civil. Familia*, T. I. 9ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- DELLE CORTE DE SOSA, Noemí (1988). “Asentimiento general anticipado. Su validez”, EN: *Revista del Notariado*, nro. 813.
- DUTTO, Ricardo (1991). “La separación judicial de bienes por concurso del cónyuge”, EN: *Jurisprudencia Argentina* 1991 IV-48.
- FASSI, Santiago C. y BOSSERT, Gustavo (1977). *Sociedad conyugal, comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. I. Buenos Aires: Astrea.
- FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G. (2012). *Régimen de bienes del matrimonio*. 3ª ed., actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.
- FOURCADE, Antonio D. (2007). “Participaciones societarias de los cónyuges. Encuadramiento jurídico y patrimonial de sus frutos”, EN: *Jurisprudencia Argentina* 2007 I-1008.
- GAGLIARDO, Mariano. “¿Es siempre necesario el asentimiento conyugal en las sociedades comerciales?”, EN: *El Derecho* 174-92.
- LLAMBÍAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio A. (1982). *Código Civil anotado*, t. III-A. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MAZZINGHI, Jorge (1972). *Tratado de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MEDINA, Graciela (1986). *Aplicabilidad del art. 1277 del Código Civil a la transferencia de acciones nominativas no endosables*. Buenos Aires: La Ley-1986 E-1048.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa y D’Antonio, Daniel Hugo (2001). *Derecho de Familia*, Tº II. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- NISSEN, Ricardo A. (1997). *El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales*. Buenos Aires: La Ley-1997 E-751.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H. (1999). *El régimen de bienes en el matrimonio*. 4ª reimposición. Buenos Aires: Astrea.
- ZANNONI, Eduardo (1998). *Tratado de Derecho Civil - Derecho de Familia*, T. I. Buenos Aires: Astrea.

Formación del consentimiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Particular referencia al contrato preliminar, de opción, de preferencia y sujeto a conformidad

POR EDUARDO ANDRÉS PÉREZ (*)

Sumario: I. El verdadero alcance de la reforma. — II. Conclusiones. — III. Bibliografía.

I. El verdadero alcance de la reforma

Como con ningún otro tópico de la parte general de los contratos, el Código Civil y Comercial confirió extensa y especial regulación a la formación del consentimiento. Lo hizo en el Capítulo 3, subdividido asimismo en cinco secciones. La primera de ellas está dedicada al tratamiento de la formación del consentimiento *strictu sensu*, esto es, la unión de oferta y aceptación. La segunda, a los contratos de adhesión, aunque las normas que la conforman no siempre refieren estrictamente a la conformación del acuerdo. En lo que resulta de particular interés para el presente, las secciones subsiguientes incorporan las tratativas contractuales —o *precontractuales*—, el contrato preliminar, el pacto de preferencia y el contrato sujeto a conformidad. A excepción de la primera sección, los temas agregados en las restantes revisten cierta novedad legislativa, aunque cualquiera de ellos ya había tenido desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Lo cierto es que el Código anterior había circunscripto el tema a solo 12 artículos, alusivos a la oferta, aceptación y sus variantes. A partir del viejo artículo 1156 pudo pensarse que nuestra ley había previsto la etapa precontractual, aunque de ser así lo fue solo de manera tangencial. Leiva Fernández (1998) sostenía que se trataba de un caso de responsabilidad precontractual objetiva.

Sin embargo, el Código regulaba supuestos especiales de aquello que ahora se incorpora en el campo general. Por ejemplo, el artículo 1185 aludía a un claro supuesto de precontrato o contrato preparatorio, hipótesis que, si se quiere, tal vez hacía imaginar que el contrato no era la unión de dos declaraciones espontáneas, nacidas sin vínculo previo. Los pactos de reventa, retroventa y de mejor comprador eran supuestos de convenciones condicionales, basados en la reserva de una opción que podía o no ejercerse en el futuro, pero delimitados al terreno del contrato de compraventa. Misma restricción tenía el pacto de preferencia. El *leasing* regulado por ley 25.248 era una forma de contrato por opción.

La trascendencia de la reforma se evidencia a través de la incorporación a la parte general de los contratos de situaciones vinculadas a algún tipo contractual en particular. Hasta ahora eran explicadas solo por la doctrina especializada, o bien, aplicadas en algún caso por los jueces, sin perjuicio de su proyección en algún intento de reforma del Código Civil originario. Es la primera vez que en el campo de nuestro derecho positivo se tratan estos tópicos de una manera general, abarcativa de todos los contratos. La ley refiere, reconoce y regula —aunque en forma parcial, lamentablemente— la etapa previa incluso a la emisión de la oferta, los acuerdos preliminares, promesas de contrato y opciones de una manera que puede alcanzar, con las salvedades que pueda ofrecer el caso especial, a todo tipo contractual. Esto no implica otra cosa que reglamentar lo que ya pasaba: las partes podían crear preferencias u opciones en forma libre. Por otro lado, la reforma civil y comercial no eliminó la aplicación especial que de algunos pactos pudiera hacerse, ya que por caso, volvió a tratar el pacto de preferencia

(*) Prof. Adjunto de Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

para los contratos de compraventa (artículo 1165) y de suministro (artículo 1182); lo mismo que el derecho de opción en el contrato de *leasing* (artículos 1227 y 1230) y el precontrato (artículos 1018, 1170).

I. 1. Formación del consentimiento. Las tratativas preliminares

El contrato nace desde el momento en que se logra el consentimiento, esto es, la unión de la oferta y la aceptación. Es lo que prevé en forma explícita el artículo 957 del Código Civil y Comercial en cuanto dice que habrá contrato cuando “*dos o más partes manifiesten su consentimiento*”; configura uno de los elementos esenciales del contrato y quizás sea el más importante de todos, a punto que modernamente cuando se alude al objeto y la causa, se los indica como términos de referencia del consentimiento.

El consentimiento es la esencia misma del contrato, sin él solo puede pensarse en un proyecto. Cuando dos declaraciones de voluntad, que parten de sujetos diversos, se dirigen hacia un fin común y se unen, en torno a un objeto con apreciación pecuniaria y una causa lícita, afirmamos la existencia de consentimiento y seguramente también de contrato. Es el acuerdo de dos voluntades: la oferta y la aceptación (artículos 971, 972, 980 del Código Civil y Comercial).

De acuerdo con lo establecido por el artículo 972, la oferta debe ser dirigida a persona determinada o determinable, con la intensión de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada. El texto de la Ley refiere explícitamente a las condiciones que debe reunir la declaración: debe ser completa, precisa y firme; las reservas le quitarían, en principio, la calidad de oferta. Es además, una manifestación recepticia, ya que va dirigida hacia otra parte. Como debe ser completa, la sola aceptación hace concluir el contrato (artículos 972, 978). El solo “sí” lo hace nacer. Por aplicación del mismo artículo 978, si una “aparente” aceptación cambia algún elemento de la oferta, el contrato no queda concluido, sino que en realidad se ha producido una contraoferta o propuesta de un nuevo contrato, que necesitará de la aceptación del primer oferente.

Debe distinguirse contratos celebrados entre presentes y de los concluidos entre ausentes. Es importante esto en la formación del contrato, pues entre presentes la aceptación está en condiciones de ser emitida en el mismo momento, más allá de la probable existencia de un tiempo “moral” para meditar el ofrecimiento que conlleve a que oferta y aceptación no se den en el mismo instante de tiempo. Así lo entiende entre otros Trigo Represas (2004). Distinto es lo que sucede entre ausentes donde la aceptación no puede darse de inmediato, pues hay imposibilidad de hacerlo. En estos casos, “la aceptación perfecciona el contrato si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta” (artículo 980 inciso 2º). El Código Civil y Comercial cambia así el momento en que el contrato se perfecciona, exigiendo un paso más al sistema del envío regulado en la Ley civil anterior, ofreciendo mayor seguridad a los intervinientes y posibilidad de conocer las declaraciones. El texto es acorde con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980, ratificada por ley 22.765) que adopta el mismo sistema de la recepción. En idéntico sentido se expedía el antecedente inmediato y fuente del vigente Código, el Proyecto de 1998, que postulaba en el artículo 915: “el contrato queda concluido cuando una aceptación útil es recibida por el oferente”. El Código Civil y Comercial no hace referencia a la utilidad de la aceptación pero sí dedica un artículo para explicar que es lo que debe entenderse por recepción —por lo menos, a los fines del Capítulo 3—.

Tal como anticipamos en el primer punto, la real mejora del presente Código con respecto a su predecesor es haber tratado y reconocido especialmente que el acuerdo entre partes no se produce mágicamente sino que es fruto de una etapa de negociación que en el Código de Vélez Sarsfield no era tratada.

Con la denominación de “tratativas contractuales” la ley designa a toda la etapa previa a la formación del consentimiento, tradicionalmente conocida como etapa precontractual, lapso de tiempo que reúne el conjunto de actos negociales, de intercambio de información y pareceres sobre un vínculo especial, y que tiene como fin último la conclusión del acuerdo respecto del negocio pensado. La ley ha intentado garantizar la libertad de negociación durante todo el período de tiempo que duren

estas tratativas. Algo así como decir “usted puede negociar cuanto deseé porque tiene libertad de hacerlo, misma libertad que le permite retirarse de la negociación cuando quiera”. La ley reconoce la existencia de tratativas previas y garantiza la impunidad de quien se retira en cualquier momento, pues quien emprende un negocio no está obligado a concluirlo a cualquier costo. Es tiempo de hacer algunas precisiones.

El Código recepciona lo que es común de la práctica negocial, pues las partes siempre intentarán reunir la mayor cantidad de información, datos, precisiones, antecedentes o características sobre todas las modalidades que integrarán al futuro contrato. La obtención de un presupuesto, su comparación con otros, son actos perfectamente lícitos, es el juego natural de la oferta y demanda, saludable para el contrato cualquiera fuera su tipo. Si esto sucede y adviene el contrato definitivo, ambas partes estarán conformes en haber logrado el negocio más ventajoso para sus intereses. Dicho de otra manera, habrán satisfecho el fin buscado, a través de la elección del mejor camino que tenían para ello. Esto es así aunque pudieran existir otros proponentes o aceptantes mejores, pues lo realmente importante es el reconocimiento de la libertad de negociar para que de esa forma, quien en definitiva contrate, esté personalmente convencido de haber hecho un negocio conveniente.

El segundo punto que merece ser aclarado es el verdadero alcance de tal libertad. Inmediatamente después del principio aparece el límite: el artículo 991 precisa que durante toda la etapa precontractual existe el deber de obrar conforme la buena fe. Entonces la posibilidad de apartarse de las tratativas emprendidas es válida y no genera responsabilidad, siempre que se actúe conforme el deber general que refiere la norma, modo de obrar que ya era conocido y considerado por la doctrina anterior al Código Civil y Comercial. El Proyecto del año 1998, inspirador de la actual Ley, contenía solo dos artículos sobre el presente tema, uno de ellos dedicado a disponer sobre el deber de obrar de buena fe (artículo 920). En cuanto a la extensión del rescacimiento en los casos en que se comprometa la responsabilidad precontractual de alguna parte, el Proyecto proponía reparar el daño al interés negativo, mientras que el Código Civil y Comercial utiliza una fórmula ambigua que sin dudas deja abierta la posibilidad de reclamos que lo excedan.

Quedamos entonces en que el período precontractual o de tratativas preliminares es aquel que, previo al contrato, culmina con su perfeccionamiento en los términos del artículo 980. Es el lapso comprensivo por la negociación. En la etapa de tratativas preliminares es factible ubicar, a su vez, sub-etapas que si bien pueden caracterizarse y describirse, la mayoría de las veces serán de difícil separación. Esto se debe a que en la práctica negocial los límites de una y otra no resulten tan precisos como en la teoría; no necesariamente a un paso le sigue el otro. Siguiendo a Leiva Fernández, decimos que es posible encontrar dos etapas. La primera iría desde el inicio del contacto hasta la emisión de la oferta. La segunda, comprensiva del período que va entre la oferta y la aceptación. Indica Rovira (2015) que durante las tratativas previas el acento está puesto en el deber de información que las partes se deben, esto es, informar sobre las aptitudes negociales, la experiencia, las obras realizadas, la presencia en el mercado. Nos permitimos situar estos deberes particularmente dentro de la primera etapa, pues resulta fundamental que puedan conocerse por ambos contratantes las condiciones que hacen al futuro contrato, cuáles serán las ventajas o sacrificios a los que tendrán derecho y quedarán obligados. Digamos que hasta resulta básico para poder realizar una oferta seria y vinculante. El deber de información se complementa con otros como ser la cooperación, confidencialidad, secreto, guarda.

En el contrato clásico los deberes inherentes a la buena fe son exigibles en igual medida para ambos contrayentes. En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predisuestas (artículos 984 a 989) y de consumo (artículos 1092 a 1122) la situación es distinta. Si bien no se justifica ni se avala el obrar desaprensivo o descuidado del consumidor, es el proveedor quien debe suministrar la información con que cuenta, en forma detallada y cierta, con todo lo relacionado a aquello que provee y las circunstancias que encierra el negocio. Nótese incluso que las precisiones realizadas a través de la publicidad por medio de anuncios, circulares o cualquier medio de difusión, forma parte del contrato con el consumidor y obligan al oferente (artículo 1103).

I. 2. Contratos preliminares

Fruto del avance de las negociaciones entabladas es la posibilidad de arribar a contratos preliminares, tratados a partir del artículo 994 del Código Civil y Comercial. No debe confundírsele con el acuerdo parcial del artículo 982. Mientras éste importa la recepción del contrato por etapas y la teoría de la *Punktation* —principio contrario al que contenía el derogado artículo 1148—, el primero refiere a una variante distinta, la del contrato donde se promete celebrar otro definitivo.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield los contratos preliminares o precontratos no eran tratados en forma autónoma. Apenas el artículo 1185 hacía recordar su existencia. Si el contrato que debía ser hecho en escritura pública se hacía mediante instrumento particular firmado, no quedaba concluido como tal pero valía como contrato —o precontrato— en el que las partes asumían la obligación de elevar el negocio a la forma exigida por la ley. La reforma del año 1968, que derogó el “bajo pena de nulidad” del artículo 1184 favoreció notablemente la proliferación de preacuerdos, principalmente a través de la forma de boleto de compraventa.

Como ya lo hacía el Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial regula como especies del contrato preliminar a la promesa de contrato y al contrato por opción. La verdadera ventaja de este tratamiento ha sido la incorporación a la parte general de los contratos de algunos pactos o figuras especiales que hasta no hace mucho eran vinculadas solo para una o algunas especies de contratos. De ahí entonces que puedan proyectarse sus efectos a todos los contratos de la parte especial —o incluso los atípicos—, salvo que se tratare de una promesa de celebrar un contrato para el cual la ley exige una determinada formalidad bajo sanción de nulidad (artículos 969, 996).

Se dedicó a los contratos preliminares tres artículos. El artículo 994 sobre disposiciones generales que necesariamente abarcan a las especies: la promesa de contrato y el contrato por opción. En el texto vigente solo aparecen dos exigencias generales, una *de contenido* y otra *de vigencia*. Esto implicó la eliminación de la tercera condición que contenía su fuente, el artículo 934 del Proyecto de 1998. Allí se indicaba que los contratos preliminares —por ende, la promesa de contratar y el de opción— generaban obligaciones de hacer si el futuro contrato no era de formalidad solemne absoluta. Como veremos más adelante, la exigencia fue acaparada solamente por la promesa de contrato o precontrato (artículo 995) lo que llevaría a pensar que no alcanza a la otra variante, el contrato de opción.

En cuanto a la *exigencia de contenido*, indica la ley que en el precontrato debe existir el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen al contrato futuro definitivo. Tal condición abarca por supuesto a los elementos esenciales generales —consentimiento, objeto, causa—. A modo de ejemplo, en el contrato de compraventa tendremos cumplida la exigencia individualizando el objeto y precio; en la locación, delimitando cosa, canon y plazo.

Pareciera darse por hecho que el contrato preliminar es un instrumento que resulta antecedente *únicamente* del contrato definitivo. No advertimos el inconveniente para que pueda ser antecedente, a su vez, de otro contrato preliminar. El supuesto es difícil de darse pero bien podría suceder que luego del precontrato exista una nueva negociación sobre el mismo futuro negocio definitivo o bien que los propios intervinientes acuerden que en un plazo determinado volverán a negociar sobre aquél, no obstante ya mediar acuerdo sobre los elementos esenciales. Apuntamos esto en razón que el artículo 994 alude a “contrato futuro definitivo” que no es lo mismo a decir “contrato futuro” como lo hacía el artículo 934 del Proyecto de 1998. No pretendemos ver en ello la conformación de un contrato preparatorio o normativo. Mediante estos las partes pueden comprometerse a la observación de determinados parámetros o condiciones en el caso que decidan contratar en un futuro, o lo mismo pero si negocian con terceras personas, pero a diferencia del precontrato, no se obligan a contratar. En efecto, las voluntades aparecen como sujetas a la condición —suspensiva— de *si vuelven a contratar*. La obligatoriedad del contrato normativo solo es eventual, reducida al nuevo contrato que pueda existir entre ellos o entre ellos con un tercero. A diferencia de los preliminares, no existe obligación alguna de contratar, no genera obligaciones de hacer en ese sentido, pero sí obliga a contratar de determinada forma o manera, para el caso que existan futuros contratos.

Señala Rovira (2015) que mientras el artículo 994 refiere a la promesa sinalagmática de contratar, el artículo 995 hace lo propio con la promesa unilateral, visto éste como contrato unilateral. Por lo pronto nos parece que, como venimos diciendo, el primero es una disposición general en la materia y la segunda norma resulta comprensiva tanto de la promesa unilateral aceptada como de las promesas recíprocas de contratar. Nos parece esto lo correcto ya que en caso contrario podría pensarse que, por ejemplo, el plazo de 1 año de vigencia solo comprende a la promesa sinalagmática, cuando en realidad comprende los dos supuestos. Insistimos, el artículo 994 es una disposición general y comprensiva por ello de todos los supuestos de contratos preliminares: la promesa de contratar (unilateral y bilateral) y el de opción.

La segunda condición es lo que llamamos *exigencia de vigencia*. La ley fija el plazo máximo de validez en un 1 año. La práctica comercial demuestra que los precontratos siempre contienen un plazo en el que debe conformarse el definitivo. El paradigma típico de los acuerdos preliminares lo conforma el boleto de compraventa, instrumento que con seguridad contendrá la obligación de escriturar en determinado plazo (30, 45 o 60 días, etc.), es decir, dar cumplimiento a la forma exigida por la ley (artículo 1017 inciso a). Rara vez enseñan un plazo tan extenso como 1 año. En este caso deberá estarse al menor que fijen las partes. El término legal es de caducidad.

Puede pensarse sin embargo que, excepcionalmente, algún contrato sea de una complejidad tal que el plazo de 1 año resulte exiguo. La norma expresamente permite su renovación —en este caso o en cualquier otro, vale aclarar—. Nos permitimos aclarar que aunque la autorización refiera la posibilidad de renovación “a su vencimiento” va de suyo que podría pactarse aquella antes que el mismo suceda, de modo que el lapso de vigencia sea corrido. Pareciera que la intención del legislador ha sido excluir la posibilidad de acordar la renovación automática desde un comienzo.

1.2.a. La promesa de contratar

La promesa de contratación es el primero de los pactos preliminares. Dijimos que tradicionalmente el precontrato aparece ligado al contrato de compraventa, siendo prácticamente desconocido para otro tipo de vínculos. No obstante ello y atento el modo en que ha sido regulado, su onda expansiva llega a todos los acuerdos con el único límite de la forma solemne. Podrá hablarse entonces de boletos de toda clase, no solo de compraventa (ej.: boletos de depósito o mutuo). La eliminación de los contratos reales favorece este efecto. Sin embargo, la promesa de contrato no es admisible cuando se exige que la manifestación de voluntad cumpla con una forma determinada bajo sanción de nulidad. La solución tiene por fin evitar que mediante un simple acuerdo privado se incumpla la forma prevista cuando ésta deviene indisponible. Según el artículo 1552 (ex artículo 1810 del Código de Vélez) deben ser hechos en escritura pública bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, muebles registrables y rentas periódicas o vitalicias. La interpretación de la norma conforme lo exige el artículo 969 conlleva la imposibilidad de realizar “boletos de donación”.

Insistimos en que la promesa de contrato de ninguna manera puede identificársela con el contrato normativo, por cuanto aquella implica la obligación de celebrar un futuro contrato. Al compromiso asumido se aplican por defecto el régimen de las obligaciones de hacer (artículos 773 y ss.). Misma consecuencia establecía el derogado artículo 1187 del Código Civil.

La promesa de contratar se encuentra regulada como un supuesto de contrato preliminar, comprensivo tanto de la promesa unilateral como de la bilateral. Creemos que ninguna de las posibilidades puede excluirse, la redacción del artículo 995 es clara y no deja lugar a lecturas restrictivas. En la primera de las variantes —la *promesa unilateral*—, una parte se obliga a celebrar un contrato con otra, quien por su parte no se obliga a contratar ya mismo si no que, sin olvidar que nos encontramos todavía dentro de la etapa precontractual, solo cabría exigirle la respuesta de recepción y “compromiso de estudio” de aquella, conforme deber de buena fe que debe imperar en todas las preliminares. La obligación unilateralmente asumida implica necesariamente un avance más o menos importante de las tratativas contractuales; es difícil pensar un supuesto en el que el compromiso unilateral devenga espontáneamente sin ser fruto de negociación previa —en contratos paritarios, por supuesto—. Esta promesa no

puede identificarse con la oferta irrevocable (artículo 974): ésta no tiene por fin constituir un contrato preliminar sino el definitivo directamente; en el mejor de los casos la promesa busca la aceptación de la otra parte para lograr el precontrato. La oferta debe efectuarse con las precisiones necesarias para establecer los efectos que ha de producir si es aceptada, mientras que la promesa unilateral debe reunir los elementos esenciales particulares que identifiquen al futuro contrato. La aceptación de la promesa hace exigible, por cualquiera de las partes, la confección del contrato definitivo.

La promesa bilateral se traduce en un verdadero acuerdo en donde ambas partes se obligan a celebrar un contrato futuro definitivo, identificando sus elementos básicos (artículo 994). El artículo 995 pretende regular —sin decirlo expresamente— el boleto de compraventa, precontrato por excelencia, profundamente arraigado a la práctica en las transacciones inmobiliarias y automotrices. Dicha norma se encuentra prácticamente en soledad habida cuenta que los artículos 1170 y 1171, sin perjuicio del título dado a la sección —*Boleto de Compraventa*—, hacen referencia a algunas de las consecuencias que el acuerdo puede entrañar, como ser la prioridad del comprador por boleto y de buena fe frente a algunos terceros y la oponibilidad del instrumento en caso de concurso o quiebra del vendedor, soluciones todas que en mayor medida tienden a tutelar al adquirente que pagó parte del precio y se le hizo tradición, pero no a regular la institución en lo que se refiere a sus efectos propios. Conforme el reenvío a las obligaciones de hacer y los claros términos del artículo 1018 —norma de marcado acento procesal, ver sino lo dispuesto por los artículos 512 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y 510 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, entre muchos otros—, el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el preacuerdo faculta al cumplidor a exigir del otro el otorgamiento debido. Si éste resultó condenado a hacerlo y aún así es remiso, puede el Juez hacerlo en su representación y a su costa.

Evitamos entrar a considerar la naturaleza del boleto de compraventa, en razón que tornaría demasiado extenso al presente trabajo. Sin embargo no queremos dejar pasar la oportunidad de avalar el razonar expuesto por López de Zavalía, citado por Lorenzetti (2004), en cuanto a su naturaleza bifronte. Agregamos que es posible dar un doble enfoque: por un lado, las partes entienden que el boleto es *un contrato definitivo* y así lo quieren, pero será *precontrato* por su eficacia, ya que carece de la forma exigida por la ley, no obstante los efectos que la misma ley le otorga.

Aclaremos una vez más que las promesas del artículo 995 resultan aplicables a todos los tipos contractuales, aunque pueda generar alguna duda la utilidad práctica que aquellas puedan tener.

1.2.b. El contrato por opción

La concesión de una opción a través de un contrato ha sido novedosamente tratada en el artículo 996 del Código Civil y Comercial, como una especie de contrato preliminar. Es aquel por el cual se confiere la opción de concluir un contrato definitivo, otorgando al beneficiario —de la opción— el derecho irrevocable de aceptarlo. Y en lo que respecta a este tema implica una innovación respecto del Código Civil de Vélez Sarsfield, en la medida que si bien no se encontraba prohibida tampoco había tenido reglamento especial. Tradicionalmente se vincula la opción con el contrato de *leasing*, vínculo que permaneció con el carácter de atípico hasta la sanción de la ley 25.248, que en la mismísima conceptualización hacía referencia al otorgamiento de una *opción* de compra; más adelante, también reguló el modo de ejercicio. Mismas previsiones integran hoy los vigentes artículos 1227 y 1240 del Código Civil y Comercial.

El antecedente directo de la actual norma es el artículo 936 del Proyecto de 1998, de mismo espíritu pero distinta redacción, que en honor a la verdad resultaba bastante más claro y expositivo que el vigente. En efecto, decía que “el contrato de opción obliga a las partes a celebrar un futuro contrato mediante el otorgamiento irrevocable por una o varias, a la una u otras, individual o colectivamente, de la facultad de requerir su conclusión. La opción puede ser gratuita u onerosa, y es transmisible a un tercero si así se lo estipula o ello resulta de los usos. El requerimiento del beneficiario se rige por las reglas y tiene los efectos de la aceptación respecto del futuro contrato”.

Su inclusión como especie de contrato preliminar puede generar, sin embargo, alguna confusión. Pareciera ser que en el marco de la negociación y prosiguiendo con el avance de las tratativas prelimi-

nares las partes celebran preacuerdos o precontratos donde se confieren opciones irrevocables que una vez ejercidas perfeccionan el contrato definitivo. Bueno, no es ello lo que sucede y al ejemplo del *leasing* nos remitimos. De ninguna manera podría concebirse al *leasing* como precontrato cuando precisamente, en la medida que reúna los elementos esenciales generales y particulares del tipo legal, la situación de hecho queda subsumida en la de derecho. El *leasing* es un contrato definitivo y concluido como cualquier otro que se caracteriza por contener una opción de compra a favor del tenedor de la cosa. El aparente contrato definitivo —la compra— tiene su fuente en la opción que podrá ejercer el tomador una vez satisfecha una parte proporcional del canon estipulado (en principio 3/4 partes).

La ventaja —decimos nuevamente— radica en haber concebido a la opción como variante de acuerdo que puede expandirse a todos los contratos especiales. Dado su tratamiento como especie de contrato preliminar debe cumplirse con las exigencias generales del artículo 994, que más arriba denominamos de contenido y de vigencia. En la obra de Lafaille (2009), actualizada por Bueres y Mayo, se contempla a la opción como un supuesto de conexidad contractual.

La opción constituye en sí misma un pacto dentro de otro. Se traduce en un deber de ofrecer y una facultad de aceptar. Conviene hacer hincapié en esto último, en la idea de *facultad*, pues ayudará a entender el modo de ejercicio del pacto.

En cuanto a sus caracteres, la opción puede convenirse en forma *gratuita* y desinteresada, independiente de cualquier otra prestación o bien, en forma *onerosa* a cambio de un precio que se suma a lo que se haya abonado en el contrato base. Será *unilateral* o *bilateral* —incluso plurilateral— dependiendo si se confiere como facultad de una o ambas partes. Asumirá el carácter de *legal* si es la propia Ley quien la toma como elemento tipificante del contrato —ej. *leasing*— o bien *convencional* si las partes lo acuerdan para cualquier otro contrato especial —ej. compraventa, cesión, etc.—.

El Código Civil y Comercial cambia la regla con relación a su antecedente, el artículo 936 del Proyecto de 1998. Ahora se establece su intransmisibilidad, salvo pacto en contrario.

1.2.c. Pacto de preferencia

El Código Civil y Comercial dedica la última sección del capítulo Tercero —formación del consentimiento— al pacto de preferencia y al contrato sujeto a conformidad. De manera obvia, entonces, dejamos de referirnos ya a los supuestos de contratos preliminares, abordados en la sección 4º. Esta es la primera distinción que debemos efectuar con los temas hasta aquí desarrollados. El pacto de preferencia no forma parte de las preliminares de otro contrato ni puede concebirse como contrato preparatorio, pues el mismo pacto se formaliza, sea en forma principal o accesorio, en un contrato definitivo. Como vimos, el precontrato obliga a hacer uno futuro; el pacto de preferencia otorga solo una facultad u opción —depende como quiera verse— para la eventual formación de un contrato ulterior, que podrá o no llevarse a cabo, circunstancia que no quita vigencia ni eficacia al pacto de preferencia.

Esta figura es tradicionalmente conocida entre nosotros como uno de los pactos que podían introducirse en el contrato de compraventa. Así lo trató Vélez Sarsfield en los artículos 1368 y 1392 a 1396 del Código Civil. La ley vigente también lo ha reconocido como pacto ligado a la compraventa —artículo 1165— y novedosamente, al contrato de suministro —artículo 1182—. No obstante ello y a partir de lo dispuesto en el artículo 997, este pacto será de aplicación probable para todos los tipos contractuales. Por la naturaleza del instituto se nos ocurre que puede ser de particular aplicación en el contrato de locación de cosas, en particular de inmuebles.

Por medio del presente pacto, una de las partes de un contrato definitivo se reserva un derecho de ofrecimiento de la cosa que conforma su objeto, para el supuesto que la otra parte decida, en un futuro, enajenarla. La visión que brinda el artículo 997 es la otra cara de la misma moneda. El enfoque está dado desde el lado del concedente del derecho, para quien el pacto se traduce en una obligación de hacer, consistente en celebrar un contrato con el titular del derecho de preferencia, o por lo menos, de ofrecer a hacerlo con él. Por ello es dable distinguir que el pacto no es tanto una obligación de con-

tratar sino como una obligación de ofrecer. Esta última carga es lo que realmente caracteriza al pacto. Más allá de la prevalencia que una de las partes se pueda haber reservado, el concedente no estará obligado a contratar con aquél si por lo menos no le ofrece condiciones semejantes a otro interesado que el concedente pudiera tener. Es esta la razón de porque al pacto se lo denomina *de preferencia* —o de “tanteo”— y no *de exclusividad*. Cumple con su obligación quien otorga el pacto haciendo saber al beneficiario, a través de un modo fehaciente, alguna de las circunstancias siguientes:

- 1) Solo su voluntad de enajenar si no tuviera ofertas por la cosa.
- 2) Su voluntad de enajenar, la/s oferta/s que tuviere y condición/es de la/s misma/s.

En el primer caso puede suceder que el pacto en los hechos se asimile a una obligación de enajenar a persona determinada. Esto es así solo en parte. El titular del pacto podrá resultar adquirente de la cosa solo porque hace uso de la preferencia que se ha reservado en su favor, favorecida por la ausencia de otras ofertas mejores a la suya. Por otro lado no existe obligación directa de enajenar pues el ejercicio del pacto siempre se supedita a la voluntad exclusiva del actual titular de la cosa, pues existe obligación solo cuando la parte *decide celebrar un futuro contrato*. Esto puede no ocurrir nunca y por ende, puede que nunca se ejerza la preferencia.

La situación más interesante se produce en el caso del inciso 2) pues ahí puede apreciarse que se trata de preferencia y no de exclusividad. Ante la decisión de celebrar un futuro contrato y aparición de oferentes —cosa que podría suceder al revés, esto es, la decisión de contratar a partir de una oferta previa que lo determine a hacerlo—, el concedente debe comunicar al titular del derecho en qué consisten las condiciones del nuevo contrato, dándole oportunidad para que pueda igualarlas. Si logra emparejar el escenario del oferente que haya aparecido, entonces es preferido. Pierde el derecho de ejercer la preferencia en el caso que no se expida en tiempo y forma o bien cuando no logra equipar al nuevo oferente. En este caso, quien ha decidido contratar no se encuentra obligado a hacerlo con el preferente pese a todo, descartando la mejor oferta recibida. En todo caso, buena fe mediante, deberá comunicar nuevamente que su propuesta no alcanza objetivamente a superar a la de su actual oferente.

El deber de “primer ofrecimiento” o “deber de ofrecer primero” es solo ficticio. Puede suceder que la voluntad de contratar no se haya notificado aun al beneficiario y en ese tiempo se recibiese alguna oferta. Caemos en la situación planteada en el caso 2). La parte cumple igualmente la obligación a su cargo, dando a conocer al titular de la preferencia su decisión y condiciones de la oferta. No ha habido primer ofrecimiento, sin embargo no puede caber duda que se cumplió con el compromiso asumido, dando la posibilidad de ofrecer e igualar ventajas.

Según el artículo 1394 del Código Civil de Vélez Sarsfield, si el comprador vendía luego la cosa sin hacer saber la preferencia a su original vendedor, el negocio celebrado era válido pero debía indemnizarse a éste todo el perjuicio que le resultare. En el nuevo régimen no existe una norma semejante. No obstante lo cual, creemos que conforme lo dispone el artículo 1166, si el pacto es agregado a la compraventa de bienes registrables, el mismo debe anotarse en el registro. Si así no se hiciera, resulta inoponible a terceros interesados, salvo que de otro modo hubieran tomado conocimiento de aquél. Si la consecuencia es la inoponibilidad por falta de inscripción/publicidad, entonces la enajenación que se haga a terceros es válida para ellos, sin perjuicio de la responsabilidad del vendedor para con el titular de la preferencia. En sentido contrario, si el pacto obraba inscripto es al preferente no anoticiado a quien la futura venta le resulta inoponible. Si las cosas vendidas son muebles que no sean registrables, el pacto no será oponible a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. La solución en este caso debiera ser similar a la que regulaba el artículo 1397 de Vélez Sarsfield.

Dado la ubicación que se ha dado a este pacto —parte general de los contratos— puede utilizarse en todos los convenios en los que pueda resultar útil. Tanto en acuerdos bilaterales como unilaterales. Quizá en estos últimos incluso tengan mayor razón de ser. Supongamos la posibilidad del donante que, no obstante el valor afectivo que tenía por la cosa donada, igualmente decidió transferirla al donatario. Podría entonces mejor que nadie reservarse el derecho a ser preferido si aquél decide enajenarla en un futuro.

Se trata de un tipo de pacto supeditado siempre a condición, cuyo hecho futuro e incierto consiste en la eventual voluntad de una parte de celebrar un contrato futuro. Según lo dispuesto por el propio Código Civil y Comercial al tratar la compraventa (artículo 1165), si el pacto se inserta en ese contrato, se aplicarán las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria.

Hay otras notorias diferencias entre la regulación del pacto dada en la parte general y en la especial de los contratos. Se dispone como principio que los derechos y obligaciones que surgen del pacto son transmisibles a terceros con las modalidades que se estipulen. Pero si se pacta en un contrato de compraventa se entiende que es un derecho personal y no puede cederse ni pasa a los herederos. Creemos que puede pactarse el carácter personalísimo del derecho. Esta opción justificaría la aparición del pacto en contratos en donde la reserva del derecho es tanto o más personal que en la compraventa. Nótese los casos donde se pacte la preferencia a favor de un inquilino o arrendatario, de un empresario que ha realizado una obra muy significativa para él o el del propio donante al que ya hemos aludido.

A su vez, queremos resaltar la posibilidad que el pacto se realice en forma gratuita u onerosa. Lo primero sucederá si ninguna contraprestación se recibe a cambio de otorgar el derecho a ser preferido. Será oneroso, lisa y llanamente, si se entrega algo a cambio con el fin de obtener la preferencia. Así puede ser que, por ejemplo, al precio de la compraventa se le adicione una suma “por preferir”.

1.2.d. Contrato sujeto a conformidad

Se cierra el capítulo dedicado a la formación del consentimiento con una norma destinada a los contratos sujetos a conformidad, aunque técnicamente debemos reconocer que el consentimiento como tal, en el sentido que refiere el artículo 971, se ha conformado antes. En todo caso y como bien lo da a entender el nombre asignado a la presente figura, se trata de un contrato “sujeto a”. Rápidamente confluyen las ideas sobre condiciones suspensivas o resolutorias que serán las que en definitiva imperaran en este tipo de contrato pues, la conformidad a obtener funciona como una especie de condición.

No obstante que hasta el presente se trata de un género de contrato que no había tenido regulación positiva, su utilización ha tenido igualmente fuerte arraigo. En general se los conoce como *contratos ad referendum*. Se trata de un contrato definitivo, aunque sujeto a condición; no es un contrato preliminar, puesto que no obliga a las partes a celebrar uno futuro. Tampoco es una variante de contrato a nombre de tercero, o del hecho del tercero o a favor de tercero. En el contrato sujeto a conformidad los efectos son entre partes y ningún tercero se incorpora a la relación original, más allá que en algunos casos, la autorización dependa de un tercero.

No obstante el estrecho vínculo con la condición suspensiva, lo cierto es que bajo el nombre de contrato sujeto a conformidad no debieran incluirse cualquier tipo de acuerdo subordinado a un evento futuro e incierto. La intención del legislador ha sido la de incluir solo aquellos casos en los que el contrato se encuentre sujeto a una conformidad o a una autorización especial. No son casos de contratos sujetos a conformidad aquellos, por ejemplo, en los que se supedite la contratación al levantamiento de medidas cautelares o al desistimiento del concurso preventivo de una de las partes. Prototipos de este género de contratos se encuentran en las variantes que expresamente contempla la ley en el artículo 1160 para las compraventas hechas bajo condición suspensiva: compraventas “ad gustum” o “a satisfacción del comprador”. Podrían funcionar también en los supuestos de los artículos 185 y 186 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522, que aunque exigen la previa autorización judicial, nada impide que entre partes se conforme un contrato bajo la modalidad “ad referendum”.

II. Conclusiones

La trascendencia de la reforma se evidencia a través de la incorporación a la parte general de los contratos de situaciones vinculadas a algún tipo contractual en particular.

Cuando dos declaraciones de voluntad, que parten de sujetos diversos, se dirigen hacia un fin común y se unen, en torno a un objeto con apreciación pecuniaria y una causa lícita, afirmamos la existencia de consentimiento y seguramente también de contrato. De acuerdo con lo establecido por

el artículo 972, la oferta debe ser dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada.

Con la denominación de “tratativas contractuales” la ley designa a toda la etapa previa a la formación del consentimiento, tradicionalmente conocida como etapa precontractual, lapso de tiempo que reúne el conjunto de actos negociales, de intercambio de información y pareceres sobre un vínculo especial, y que tiene como fin último la conclusión del acuerdo respecto del negocio pensado.

El deber de información inherente a la etapa precontractual se complementa con otros como ser la cooperación, confidencialidad, secreto, guarda.

Como ya lo hacía el Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial regula como especies del contrato preliminar a la promesa de contrato y al contrato por opción. En el texto vigente solo aparecen dos exigencias generales, una *de contenido* y otra *de vigencia*.

La promesa de contrato no es admisible cuando se exige que la manifestación de voluntad cumpla con una forma determinada bajo sanción de nulidad.

Es contrato por opción aquel por el cual se confiere la expectativa de concluir un contrato definitivo, otorgando al beneficiario —de la opción— el derecho irrevocable de aceptarlo.

El pacto de preferencia no forma parte de las preliminares de otro contrato ni puede concebirse como contrato preparatorio, pues el mismo pacto se formaliza, sea en forma principal o accesorio, en un contrato definitivo.

Bajo el nombre de contrato sujeto a conformidad no debieran incluirse cualquier tipo de acuerdo subordinado a un evento futuro e incierto. La intención del legislador ha sido la de incluir solo aquellos casos en los que el contrato se encuentre sujeto a una conformidad o a una autorización especial.

III. Bibliografía

ALTERINI, Jorge Horacio (Dir. Gral.) y LEIVA FERNANDEZ, Luis F. P. (Dir. del Tomo) (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*. Tratado Exegético. Buenos Aires: La Ley, tomo V.

HERSALIS, Marcelo (2015). “Responsabilidad precontractual. Algunas pautas”, EN: *RCyS*, 2015-IV, 24.

LAFAILLE, Héctor; BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A. (2009). *Derecho Civil. Contrato*. 2da. ed. Buenos Aires: La Ley - Ediar, tomo I.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (1998). “Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio”, EN: *La Ley* 1998-D, 1229.

LORENZETTI, Ricardo Luis (2004). *Tratado de los Contratos*. Parte General. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

ROVIRA, Alfredo L. (2015). “Tratativas preliminares al contrato y ruptura en el nuevo Código”, EN: *La Ley* 28/05/2015, 1.

TRIGO REPRESAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo (2004). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

El cuerpo humano, sus partes anatómicas y el cadáver como objeto de los actos jurídicos

POR CARLOS ALBERTO ALBANO (*)

Sumario: I. introducción. — II. El cuerpo humano, sus partes anatómicas, el cadáver y las cosas. — III. actos de disposición. — IV. Tendencia actual, deficiente regulación y control sobre la utilización del cadáver. — V. Bibliografía.

I. Introducción

El sorprendente avance tecnológico, de la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI, ha puesto al derecho en aprietos.

Atilio A. Alterini ha escrito sobre el tema hace tiempo:

“Es imperioso que el Derecho haga lo suyo en todo esto, a través del Bioderecho, que es una rama en gestación. En la materia que nos ocupa, rápidamente habrá que tomar partido respecto de la validez o de la nulidad de contratos que tengan por objeto actividades de ingeniería genética, recolección o procesamiento de datos genéticos, prestaciones de medicina predictiva, o cosas por el estilo. La magnitud y la gravedad de los nuevos problemas hace que las hipótesis clásicas de contratos de objeto ilícito o inmoral parezcan inocentes” (Alterini, 1988: 164).

Nuestro código civil, demoró 144 años en tener cambios estructurales, —con la salvedad de la ley 17.717— empero han sido los adelantos tecnológico-científicos ilimitados de los últimos 50 años, los que nos requieren de urgente, adecuada y merituada regulación.

Este incesante avance tecnológico propone modificaciones para el cuerpo humano en pos de una mejor calidad de vida:

“Cada vez son más las cosas que la ciencia y la técnica elaboran para implantar en el cuerpo humano (prótesis dentales y maxilares, huesos metálicos, marcapasos, mamas de siliconas, audífonos, brazos y piernas ortopédicas, implantes cocleares, etc.). Los supuestos pueden multiplicarse y son hoy de alcances impredecibles por su importancia en la salud” (Tobbías, 2013: 1023).

A ese respecto nuestro nuevo Código Civil y Comercial, no ha sido ajeno a los distintos cuestionamientos dados en el comienzo de la vida humana, se ha planteado si su inicio se da durante la concepción en el seno materno (como figuraba en el Código de Vélez y en el anteproyecto del Código Civil y Comercial vigente) o desde su concepción como finalmente fue promulgado el artículo 19 del Código Civil y Comercial.

Se elimina la expresión *en el seno materno*, para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua entonces no sólo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 4, inc. 1).

Las implicancias son inciertas: la concepción de seres humanos a la espera de un acto médico, y de la decisión de personas físicas que con su “voluntad procreacional” den comienzo a la vida, que pueden o no tener vínculo biológico con la descendencia, personas que existen en virtud de óvulos fecundados extracorpóreos, producto de tratamientos de reproducción asistida, son algunas de las situaciones posibles.

(*) Prof. Adjunto de Contratos, Facultad de Derecho, UBA.

Óvulos fecundados o no, esperma, células madres, son crioconservados en virtud de contratos de depósito, en bancos creados a tal fin.

El nacimiento, hecho biológico producto de la concepción, y la gestación en un vientre de mujer, no transforma a dicha mujer en madre; sino que podrá serlo también, quien suministró el ovulo, o quien tenga voluntad procreacional, así como el padre podrá ser el que proporcionó el espermatozoide, o el cónyuge de la madre gestante, o el de la madre genética, o quien tuviera voluntad procreacional. Por eso se habla de progenitores en vez de padres, en muchas normas, del nuevo Código Civil y Comercial.

Estos dilemas impuestos por la biotecnología en el comienzo de la vida humana, se los ha extendido a su desarrollo y fin.

II. El cuerpo humano, sus partes anatómicas, el cadáver y las cosas

a) Cuerpo humano:

“Sabíamos del cuerpo humano que devenía cosa, la modernidad nos entrega sin embargo otras dimensiones, todavía más inquietantes para la ciencia jurídica: cosas que se vuelven cuerpo humano, cuerpo humano que es distribuido en el espacio y, aun, cuerpo humano distribuido en el tiempo como acontece con aquellas partes separadas de la persona que se hallan stand by a la espera de su regreso al cuerpo humano” (De Lorenzo, 2010: 815).

Respecto del cuerpo humano, es opinión mayoritaria tanto en nuestra doctrina nacional como extranjera, que no puede referirse a él como cosa, no se es dueño de sí mismo, ni otros pueden serlo, —de tener esa posibilidad volveríamos a la esclavitud— no soy dueño, pero tengo la potestad sobre el cuerpo (Berger, 2011: 154).

Esa potestad no es ilimitada, y nos lleva a considerar que los derechos sobre su persona, tienen una demarcación precisa en el artículo 56, ya que no se podrá afectar la disminución permanente de su integridad, contrarias a la ley, moral o buenas costumbres.

Al cuerpo humano en su integridad, tanto de su concepción filosófica, física, o religiosa, se lo ha calificado como un “bien” fuera de todo acto de disposición, desde lo jurídico los autores nacionales o extranjeros, así como la legislación nacional y extranjera, prohíben o ven con disfavor que se pueda asimilar el cuerpo en su totalidad o en parte a la cosa, y que pudiera ser objeto de los contratos. Los fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.—, han pretendido explicar que la regulación, promueve la exclusión de la esfera comercialista.

b) Partes anatómicas:

Antes del avance científico, que ha hecho del trasplante cadavérico o entre vivos, actos médicos habituales, que permiten extraer órganos en vida del dador o para después de su muerte, en el primero decide indudablemente el donante, y en el segundo caso el mismo donante o sus herederos. En ambos casos, se trata de actos jurídicos de disposición, extrapatrimoniales y revocables.

Por otro lado nos encontramos con las partes de cuerpo humano, que son insustituibles, como ser los órganos vitales, como corazón, riñón, piel, etc., generados y extraídos, que no pueden ser objeto de actos de disposición onerosos entre vivos, conforme lo dispone el artículo 56 del C.C.C.N. y regulados además por la ley de ablación e implante.

En estos casos, se ha admitido desde antaño que el acto sobre el propio cuerpo o ajeno, se reconoce como acto fuera del comercio, empero podrá ser objeto de relación jurídicas, con valores no patrimoniales.

Han merecido distinto tratamiento las partes anatómicas, fluidos, o partes del cuerpo que genera el mismo, como ser la sangre, respecto de la que se encuentra prohibida su comercialización, conforme lo dispone el artículo 4 de la ley 22.990. También crea el pelo, uñas, y semen, que son aquellas extraídas

del cuerpo, y que podrían ser objeto de transacción contractual, ya que al separarse no forman parte de la persona.

No obstante encontramos que tanto la sangre, el semen, las glándulas, piel, etc., en algunos estados de los Estados Unidos de Norte América, pueden ser objeto de contratos onerosos (Nobili, 2004: 1216).

A medida que aumenta la desvinculación de la parte extraída del cuerpo, disminuyen los impedimentos a su circulación y son regulados sus actos, dentro del derecho de dominio, y no hay duda que debemos hablar en esos supuestos de cosa.

c) Cadáver:

El cadáver en antiguas civilizaciones, era vinculado a la posibilidad de resurrección, o tránsito a otra vida, o veneración y llevaba a la conservación del cadáver, a través de distintos procesos, como la momificación, ya sea por procedimientos artificiales, como la egipcia, o naturales como efectuaban los Incas, por la ubicación en lugares, con condiciones climáticas especiales.

Además de ello, el culto a los muertos ha sido fundamento de la construcción de monumentos, pirámides, bóvedas o criptas para albergar los restos mortales.

Sin duda los restos mortuorios de las civilizaciones antiguas, no dejan de ser cadáveres, en algunos casos con procesos de conservación, aunque ante su exhibición en museos, se pierde de vista el carácter de cadáveres transformando a estos en restos arqueológicos.

También los cadáveres, restos fúnebres pertenecientes a pueblos originarios, han tenido distintos tratamiento y evolución, si se los consideraba cosa, y pudiendo ser objeto de transacción, con escasa protección a su comercialización, en nuestro país y en el mundo.

En la actualidad no solo se los protege, sino que además se los excluye del ámbito contractual, y se los reintegra a las comunidades de los distintos pueblos originarios. La ley 25.517 establece que deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que los reclamen, los restos mortales de aborígenes, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas. El Dec. 701/2010, establece que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, será el encargado de coordinar, articular y asistir el seguimiento y estudio del cumplimiento de las directivas de la ley que reglamenta.

Nuestro viejo Código Civil y los Códigos de su época entendían que el fin de la personalidad, coincidía con el fin de la vida de la persona humana, cuando se transformaba al cuerpo humano vivo, en cadáver.

La muerte, es un hecho que pone fin a la personalidad, concluyen y nacen derechos, el fin de la persona humana, es el presupuesto para la extinción de la personalidad.

Por su parte en nuestro derecho, la evolución ha sido interesante, pues si bien la doctrina ha sido unánime en considerar al cadáver fuera del comercio, también es cierto que su destrucción, desaparición o sustitución, ha dado indemnización a los herederos del difunto, no por la pérdida de la cosa, sino con fundamento al principio de protección del culto a los muertos, y por daño moral generado a sus deudos.

Al respecto, también se ha expresado que “es indudable que los sobrevivientes tienen el poder de decidir qué destino se le dará y que el mantenimiento de la sacralidad, derivada de las costumbres y los afectos subsistentes, se transforma cuando, como en el caso, deja de tener identificación reconocida y reconocible (1). En efecto, el culto a los muertos es un hecho jurídicamente tutelado y los parientes más próximos gozan del derecho subjetivo de custodiar sus restos y de perpetuar su memoria Por lo que el hecho de haber cremado los restos de su padre y haberlo colocado en el Osario Común, a contrario

(1) Conf. “Derechos Personalísimos”, Cifuentes, Santos, ed. Astrea, 2da. ed. 1995, p. 416.

sensu de lo expuesto por el apelante, reviste suficiente entidad y gravedad como para que esa sola circunstancia autorice a tener por acreditado el daño moral que aquí se reclama (2)".

El respeto a los restos mortales también descansa en las creencias de sus deudos, donde deben encontrarse para ellos, ya sea por cumplimiento de la voluntad del fallecido, que quedó en manos de sobrevivientes, o por las creencias de núcleo familiar del fallecido, que desea rendirle culto a su memoria, ya sea por sentimientos éticos, morales o religiosos, que merecen el cuidado adecuado, y la responsabilidad ante la desaparición, pérdida o destrucción de esos restos, que impiden rendir el culto a los muertos, o la imposibilidad de efectuar una autopsia, y averiguar las causas del deceso, situaciones que merecen, por lo menos, efectiva reparación moral.

III. Actos de disposición

a) La explicación a través del derecho de dominio es posible, aunque se pueden dar situaciones contrarias a la moral. La eventualidad de ubicar a las partes anatómicas y al cadáver como cosa, y con facultades de disposición, es un hecho innegable, independientemente de la calificación que le quisiéramos dar. Sobre todo con el paso del tiempo, las sucesivas transmisiones y la pérdida de identidad con el cuerpo de donde provienen.

Si no son cosas, no hay derecho de propiedad, ni de los particulares ni del Estado.

Sin adentrarnos en el derecho de dominio del cuerpo humano, sus partes anatómicas o el cadáver, ¿cuáles serán los actos posibles de realizar?

b) Actos posibles de realizar durante la vida sobre su propio cuerpo:

1- Es indudable que es posible la realización de actos de disposición de partes del cuerpo humano, así lo disponen las normas del Código Civil y Comercial en sus artículos 17, 56 y 1004.

La incorporación del cuerpo humano, en el Capítulo destinado a objeto de los contratos (artículo 1004) abre una puerta importante a la circulación contractual de órganos o partes anatómicas, si bien la normativa limita a los valores del artículo 17 y la finalidad del artículo 56.

Es decir debemos extraer de estos contratos, el valor patrimonial que caracterizaba en el Código de Vélez, pudiendo celebrar contratos que tengan por objeto el cuerpo humano, partes anatómicas o cadáver, con las limitaciones de la normativa citada.

Estos contratos son una excepción al principio general contractual, regulados por su propia normativa como la ley 24.193 de ablación e implante.

Algunos autores prefieren no hablar de "contrato" sino de acto jurídico bilateral de contenido "extrapatrimonial" no contractual (Bueres, 1998: 70) y revocable.

Tales actos, sólo pueden tener móviles afectivos, terapéuticos, científicos y humanitarios o sociales (Benavente, 2015: 112).

Por su parte el artículo 56 establece claramente la posibilidad contractual, en los cuales sea el propio cuerpo el objeto del contrato.

La disponibilidad es relativa, limitada, y revocable, no se podrán realizar actos que dañen o mutilen el cuerpo, con consecuencias irreversibles, salvo que se hiciera para mejorar su salud, como los supuestos de cambios de sexo, o el caso de ablación e implante en quien la ley lo habilita, y puede beneficiarse o beneficiar a un tercero.

(2) C. Cont. Adm. San Martín. V., M. A. c. Revivir Constructora S. R. L. y otros / pretensión indemnizatoria 19/08/2014 Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/49940/2014.

2- Muerte digna: es indudable que el ser humano adulto y no limitado en su capacidad, elige todo el tiempo como vivir, y también es posible realizar durante su vida, elecciones ante determinadas circunstancias, como su forma de conclusión.

El caso de muerte digna previsto en la ley 26.742 y actual artículo 59 del C.C.C.N. permiten a la persona, disponer de su cuerpo en supuestos de estado terminal o irreversible, sobre la forma de atención médica, y alimentación, considerando algunos estas prácticas como de eutanasia pasiva.

Se pretende darle prioridad al principio de autonomía de la voluntad, hasta el final de su vida.

3- Actos sobre el cadáver propio, exequias, inhumación y disposición

Antes del fallecimiento, la persona capaz puede disponer de su cuerpo para el momento que sea cadáver.

El acto que dispone, sus exequias y cuerpo para después de su muerte, se lo conoce comúnmente como “testamento vital”, y conforme el artículo 61 solo puede realizarlo una persona con plena capacidad.

En consonancia con la ley de trasplante de órganos, la persona —puede dejar instrucciones en cuanto al destino de sus restos mortales— para ello deberá contar este acto voluntario, con discernimiento, intención y libertad, a tal fin debe tener la edad de 18 años.

Por un lado el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, por ejemplo con o sin velatorio, en determinada casa mortuoria, o si se realizara algún tipo de actividad, conmemoración, evocación, pública o privada, con las limitaciones lógicas de la “moral y buenas costumbre” (Lorenzetti, 2015: 315).

El segundo aspecto, y el más importante, es que si todo o parte del cadáver tendrá fines terapéuticos (por ejemplo para la ablación de órganos), científicos (investigación médica), pedagógicos (para el estudio del cuerpo de los estudiantes de medicina), o similar, menciona la norma, podríamos referirnos a finalidades sociales, artísticas, estéticas, ninguna deberá contener contenido patrimonial o valor económico.

Respecto del destino del cadáver para fines terapéuticos, tiene este acto de disposición, directa incidencia en lo dispuesto por la Ley de Trasplantes 24.193, y allí nos remitimos.

Por su parte la forma de comunicación al mundo exterior para que se cumpla con su acto de disposición de última voluntad, es amplia. Prevalece la forma libre conforme lo dispone el artículo 284 del C.C.C.N., la que podrá ser escrita, dejada en una red social, o a través de signos inequívocos, y podrá ser presumida conforme refiere la norma, y a tal fin debemos remitirnos a la voluntad tacita prevista por el artículo 264.

Tendríamos dos limitaciones a este acto de última voluntad sobre sus exequias, o disposición del cadáver, además de la moral y buenas costumbres y las de higiene, salud y seguridad pública (Hooft, 2014: 242).

4- Acto de disposición sobre el cadáver ajeno

El cadáver luego de la muerte de la persona, no pertenece a alguien en particular, pues como mencionamos carecen del derecho de dominio, el patrimonio del causante y sin solución de continuidad recibe el heredero, no rige de igual manera respecto del cadáver.

Por un lado incluimos al conviviente, y el derecho de disponer del cuerpo humano sin vida, surge de una expresa disposición legal, y no de naturaleza exclusivamente hereditaria.

El artículo 61 en su segunda parte y en subsidio a la voluntad del propio cadáver, prevé que la cónyuge, conviviente y los que tuvieren derecho sucesorio, deberán cumplir con las directivas expresas o

presuntas del causante, a falta de ello, si no tenía directivas precisas el causante, lo que si pueden saber es lo que por cuestiones religiosas, creencias o convicciones no hubiera querido sobre sus exequias y el destino de cuerpo sin vida, al que no deben contradecir.

Las cuestiones abiertas y que pudieran plantearse, si los encargados de cumplir las directivas post mortem, las evitan, las contrarían, o las consideran antieconómicas o superfluas, y no las cumplen, como se garantiza su cumplimiento, y dado el incumplimiento, quien tendrá acción contra el incumpliente o cual será su “sanción legal” económica o no.

O en el caso de una expresa directiva de donar sus órganos para después de su muerte, y sin que hubiera expresado su voluntad conforme las directivas expresas, a través de los distintos medios de comunicación al INCUCAI, o no lo incorporara en su documento de identidad.

Si los legitimados para cumplir expresamente no lo hacen, ¿quién tendrá acción para el cumplimiento?, el Estado (Sal, 2014: 236), a través del INCUCAI por el beneficio posible a toda la comunidad, y en ese caso, será una acción de casi imposible cumplimiento ante la celeridad necesaria para la ablación de órganos.

Otra cuestión sería el supuesto de que los legitimados de igual grado tengan decisiones encontradas, deberá el Juez sumariamente el que deberá decidir, teniendo en cuenta las convicciones religiosas, ideológicas, o creencias entre otras.

5- Revocabilidad

La característica común, en nuestro Código Civil y Comercial a todas las disposiciones de derechos personalísimos (artículo 55), decisiones del propio cuerpo, (artículo 56), la ablación de órganos en personas vivas (artículo 15, ley 24.193), la investigación médica en su persona (58 inc. f), las directivas medicas anticipadas, (artículo 60) y actos tendientes a disposiciones post mortem, (artículo 61) es la revocabilidad.

Así como el arrepentimiento y cambio en las disposiciones testamentarias es ilimitado y absoluto, también en estos derechos personalísimos se permite sin ningún tipo de duda, el cambio de directivas expresas, o de actos de disposición de parte del cuerpo entre vivos, (ablación e implante entre vivos) hasta el momento mismo de la cirugía, sin exigencia de formalidad alguna.

Entendiendo que no hay obligación de naturaleza contractual, el emisor de la declaración no se compromete a nada, ni con nadie, la promesa de entrega del órgano propio en vida o para después de su muerte, no genera acción alguna para exigir su cumplimiento, o daños por su arrepentimiento intempestivo.

6- Derecho comparado

La doctrina de los derechos personalísimos, resulta ser relativamente reciente, no regulada en los códigos del siglo XIX y con alguna mirada en algunos del siglo XX, y que no se puede evitar en este siglo XXI.

Son precursores al respecto los Códigos Civiles italiano de 1942, y el Código Civil de Portugal de 1966, que contiene normas sobre el derecho de la personalidad.

En el derecho Francés, la normativa regulatoria de los derechos sobre el cuerpo humano, no concibe acuerdos de contenido patrimonial, ni le da validez a los convenios de gestación por cuenta de otro, conforme las modificaciones introducidas en 1994, y ha sido uno de los fundamentos de nuestra normativa. Por su parte el Código peruano refiere a los actos de disposición del propio cuerpo y sus limitaciones, para los actos contra la integridad física o cuando sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

IV. Tendencia actual, deficiente regulación y control sobre la utilización del cadáver

Si bien no lo situamos al cadáver como cosa, debemos darle una clara ubicación conceptual, ya no obstante lo cual así se lo ha tratado, evitando cuestiones susceptibles para algunos, desde lo cultural o religioso, e inexplicables para otro, no se ha llegado a una conclusión sobre el tema en nuestro derecho, y en el derecho comparado.

Pareciera que el cadáver, ha cambiado en su punto de vista cultural y hasta religioso. Al transformarse el cuerpo vivo en cadáver, se incorpora una visión mercantilista, cambiando los valores dados al cadáver, y sobre todo dejando de lado el culto a los muertos que exige tiempo y dinero, pareciera que en la sociedad de consumo actual ambos escasean.

La disposición del cadáver donde los fines que prevé nuestra legislación y el derecho comparado, son puestos en el primer acto, es decir cuando a la muerte, se dispone por decisión propia o ajena debe respetarse sin miramientos.

Lo que sucede después de ese primer acto irreprochable, es lo que ha hecho que ya no se pueda preservar al cadáver de actos mercantilistas, parece imposible ir en contra de una tendencia mundial que va en ese sentido.

Como primera medida, nos encontramos ante otra forma de procesar la muerte, y evitar a como de lugar a generar gastos y costos para los deudos, ya sea por decisión de la persona viva para después de su muerte o que corresponda al cadáver ajeno, la opción de la cremación, es una preferencia actualmente creciente.

Por su parte y ante la escases de órganos para implantar, el Premio Nobel de Economía de 1992, Gary Stanley Becker, propuso la creación de un mercado de órganos, y que podría a resolver el problema de escases de los donantes, estimando valores a los distintos órganos, con control estatal, y que favorecería a los donantes del mundo menos desarrollado, visión netamente mercantilista, y que los órganos humanos formen parte de la política de mercado, propuesta peligrosa por las implicancias en países subdesarrollados.

La exhibición de los cadáveres, ha llegado a punto tal que ya no solo resultan el valor pedagógico para estudiantes de medicina, sino que además las muestras de cuerpos sin vida, que se hecho en nuestro país y en el mundo para el público en general, llamada "Bodies" excede del aspecto exclusivamente didáctico.

El proceso de plastinación que nace en Alemania, evita la putrefacción de los tejidos, gracias a un proceso patentado en los años 1970 por el anatomista alemán Gunther von Hagens.

Los cadáveres originalmente fueron dados por el estado Chino, de personas "no identificadas o presas", quienes difícilmente hayan prestado su consentimiento para ser exhibido su cuerpo sin vida.

Estos cuerpos se han conseguido mediante actos de disposición "voluntarios", y en su caso, la finalidad será pedagógica, o artística, o de entretenimiento, a la postre netamente económica, como cualquier exhibición de una obra de arte, y por la que se paga una entrada, lo que indudablemente coloca a estos cuerpos sin vida, como objetos de los contratos.

Por otro lado se ha visto que empresas en Estados Unidos, (Research for life y United Tissue Network entre otras) se dedican a recibir cuerpos sin vida, por decisión propia o de quienes tuvieran derecho sobre el cadáver ajeno, con la finalidad de disponer de su cuerpo sin vida para trasplante o no, y en todos los casos para sortear los costos, de exequias, inhumación, traslado del cuerpo, certificado de defunción, ya que dichas empresas, aunque no abonan dinero alguno a los deudos, evitan estas erogaciones que deberían afrontar, con patrimonio del causante o propio.

Es indudable que es un acto oneroso, y cada vez mas estas empresas compiten entre sí para captar el cadáver, con beneficios adicionales a sus deudos.

Es indudable que quien entrega el cadáver por decisión propia o ajena, lo hace voluntariamente, aunque no parece que el valor de quien se compromete a entregar su cuerpo o del pariente que luego así lo hace, sea uno de los valores que nuestra normativa prevé y la mayoría de las disposiciones en el mundo, tuvieran finalidad pedagógica, terapéutica, científica o similar, esta última carece de limite, y no cabe duda que nos acercamos al aspecto netamente patrimonial.

Por parte de la empresa que recibe el cuerpo, con un acto originario voluntario, “gratuito” y revocable por el donante, que recibe el cuerpo para ablación de órganos o no, en ambos supuestos, las empresas comercializan los mismos.

Y por parte de la empresa que recibe el cadáver, y es aquí donde se ha puesto el aspecto claramente oneroso, que refiere no vender el cadáver o su parte, lo que se encuentra prohibido, sino cobra por prestar el servicio de proveer el mismo, ya sea a instituciones educativas como facultades de medicina, o de investigación científica.

Otro acto realizado con cadáveres o parte de ellos, es el contrato de depósito, en empresas que en virtud de la crioconservación, tienen la finalidad de que, si bien en este momento resulta imposible volver a la vida a quien se encuentre en ese estado, se está a la espera de encontrar los adelantos para regresar al mundo de los vivos.

Con el afán de reducir costos se crioconservan las cabezas, con la creencia de que se podrá implantar la misma a un cuerpo cibernético, y que allí se alberga la personalidad humana. Estos supuestos cercanos a la ciencia ficción, y que posibilitan al ser humano “la vida eterna”, no impiden la celebración de contratos de depósito, que permiten que el cuerpo sin vida sea una cosa, que requiere de mantenerse en dichos depósitos, del pago de un canon por la preservación del cuerpo en una cámara conservadora, en virtud de un contrato.

V. Bibliografía

ALTERINI, Atilio Aníbal (1998). *Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

BENAVENTE, María Isabel (2015). “El objeto de los contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, EN: Stiglitz, Rubén (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*. Suplemento Especial La Ley. Buenos Aires: La Ley, Febrero.

BERGER, Sabrina M. (2011). *Bioética y trasplantes: un debate necesario*. Buenos Aires: La Ley 2011-C (marzo), p. 147, comentario a fallo Juzgado Federal de 1a Instancia Nro. 2 de Córdoba (JFed Córdoba) (Nro2), 2010-09-03, O., M. y otra c. Estado Nacional: AR/DOC/389/2011.

BUERES, Alberto J. (1998). *Objeto del Negocio Jurídico*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.

DE LORENZO, M. F. (2010). *El cuerpo humano que se vuelve cosa. Cosas que se vuelven cuerpo humano*. Buenos Aires: La Ley, 2010-B, p. 807.

HOOFT, Irene (2014). EN: *Código Civil y Comercial Comentado*. Rivera Jorge y Medina Graciela (Dir.), Tomo I. Buenos Aires: La Ley.

LORENZETTI, Ricardo L. (2015). *Código Civil Y Comercial Comentado*, tomo I. Santa fe: Rubinzal-Culzoni.

NOBILI, Alejandro (2004). *Trasplantes entre personas no emparentadas*. Buenos Aires: La Ley, 2004-A, p. 1216.

SAL, Sebastián (2014). EN: *Código Civil y Comercial Comentado*, Cura José María (Dir.). Buenos Aires: La Ley.

TOBIAS, José W. (2013). *Los actos de disposición de partes separadas del cuerpo y el Proyecto de Código Civil y Comercial*, Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires 11/04/2013, 11/04/2013, 1, La Ley 2013-B, p. 1022 - DFyP 2013 (mayo), 01/05/2013, p. 179. [Online]: AR/DOC/43/2013.

Legislación consultada

Ley 26.994. Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 08/10/2014.

Ley 22.990. Ley de Sangre. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 02/12/1983.

Ley 24.193. Ley de Trasplantes de órganos y materiales anatómicos. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 26/04/1993.

Ley 25.517. Comunidades Indígenas. Restos Mortales. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 20/12/2001.

Ley 26.742. Salud Pública. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 24/05/2012.

Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José) 1969.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de San Martín. V., M. A. c. Revivir Constructora S. R. L. y otros/ pretensión indemnizatoria, 19/08/2014. Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/49940/2014.

SCBA, causa B. 53.499, "L., R. P. y otra contra Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa", del 27/03/08.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, "Cardahi, Armando Roberto c. M. C. S. A. s/ daños y perjuicios", 26/10/1992.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G. "Richarte, Adolfo Norberto y otro c/Hospital Israelita Ezra s/Daños y Perjuicios 14/12/94.

Páginas web

www.unitedtissue.org.

<http://researchforlife.org>.

Diario La Nación del 9/06/2015. Documental de la BBC, "Hombre de Resurrección." Empresas como, United Tissue Network y Research for life, esta última tiene dos opciones, de disposición para trasplante o no, y con garantía de recepción, sea cual fuere el estado del cuerpo al momento de fallecimiento.

Los plazos de la locación en el Código Civil y Comercial de la Nación

POR **LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ** (*)

Sumario: I. Introducción. Contenido de este ensayo. — II. El plazo máximo en la locación. — III. El plazo mínimo en la locación. — IV. Conclusiones. — V. Bibliografía.

I. Introducción. Contenido de este ensayo

Después de la compraventa, el de locación es el contrato con mayor arraigo social. La locación es techo, es negocio, y también es esparcimiento. Es la puerta a la autonomía adolescente, y a la vez el desafío a superar camino a la adultez plena.

El plazo es elemento esencial del contrato, máxime si se realizan inversiones para la adecuación material del inmueble a las necesidades del locatario, pues al no ser separables suelen quedar en beneficio de la propiedad, lo que implica que el locatario deba considerar un lapso temporal mínimo de duración del contrato que permita su amortización.

En este ensayo analizaré el cambio en el plazo máximo y mínimo en las locaciones incorporado a los artículos 1197 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación.

II. El plazo máximo en la locación

II. 1. El plazo máximo en el Código de Vélez Sarsfield

a) Su fundamento y crítica

Vélez Sarsfield, se inclinó por establecer un plazo máximo al contrato de locación que estableció en 10 años en el ahora derogado artículo 1505 del Código Civil.

Lo hizo fundado en razones de economía social para no trabar indefinidamente el goce del inmueble por su poseedor o propietario, y en una época en la que el mercado locativo era casi inexistente, mucho antes de la primer oleada migratoria que arribó a nuestro país.

La extensión de 10 años como plazo máximo fue objeto de crítica por Lafaille (1) y Segovia (2), pero sostenida por Machado (3) y Salvat (4) quienes manifestaron conformidad con los plazos establecidos en el Código Civil (5).

Por su lado en el ámbito rural la ley 13.246 en su artículo 45, (ref. por ley 22.298), establece un plazo máximo de 20 años si el arrendatario o aparcero se obliga a efectuar mejoras en el predio arrendado, lo que en alguna manera permite inferir una tendencia a la ampliación del plazo máximo.

(*) Prof. Titular Ordinario de Derecho Civil III (Contratos), y Director del Instituto de Derecho Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular Ordinario de Obligaciones y Contratos Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho, UBA. Profesor Extraordinario, Facultad de Derecho, Universidad Austral.

(1) Conf. Curso T. II, N° 307.

(2) El Código Civil T. I. p. 418.

(3) Exposición T. IV. p. 248 y 249.

(4) Tratado, T. II N° 908.

(5) Spota - Leiva Fernández T. V. N° 1137 p. 142.

b) ¿Tiene que existir un plazo máximo?

Esa es la pregunta fundamental porque admitirlo constituye una limitación a la autonomía de la voluntad, una protección al locador que no la necesita, pues no carece de capacidad de ejercicio, ni la tiene disminuida (6). Tampoco encuentra sustento en razones de economía social porque si fuese así debería prohibirse también las renovaciones sucesivas que producen el mismo efecto económico.

A todo eso añádase que ningún otro contrato civil tiene una limitación análoga.

En otra oportunidad exprese:

“En la duración máxima del contrato de locación no se encuentra interesado el orden público, desde que las partes pueden volver a contratar en los mismos términos tantas veces como quieran, postergando sine die la restitución de la tenencia. Además, existen en el Código Civil situaciones mucho más gravosas que el contrato de locación que no tienen plazo máximo, como el comodato en el ámbito contractual; o que lo tienen muy amplio, como el usufructo en el campo de los derechos reales, que puede extenderse hasta una vida. Con el agravante —en ambos casos— de la gratuidad, porque el comodato es esencialmente gratuito, y el usufructo admite la modalidad gratuita” (Spota— Leiva Fernández, V, N°1137 p. 142; Leiva Fernández, “Las modificaciones...” p. 71).

c) Los plazos máximos en derecho comparado

Por fin, aún desde la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield, existe una parte de la legislación que opta por la eliminación de los plazos máximos, y que subsiste en los:

“Códigos de Alemania (1900), Bélgica (1807) Brasil (el de 1916 y el vigente desde el día 11 de enero de 2003), Chile (1857), Colombia (que es el de Chile), Ecuador (que es el de Chile), España (1889), Francia (1804), Guatemala (1992), Panamá (1916-1917), Suiza (1907-1911), Vietnam (1996), Mongolia (1994); China (1930, vigente en Taiwán); Federación Rusa (1994-1996); Austria; Cuba (1987); Puerto Rico (que es el de España); Bélgica para las locaciones comerciales; la ley de inquilinato de Costa Rica, el Esbozo de FREITAS para el Brasil y el Anteproyecto Ossorio para Bolivia. Otros códigos prevén plazos máximos elevados, como el Código Civil de Uruguay (1914) que establece 15 años; el de México (1928) con plazos máximos de 10, 15 y 20 años según que el destino sea habitacional, comercial o industrial; el de Portugal (1966) que prevé 30 años; y el de Québec de 1991 (art. 1880) que establece un plazo máximo de cien años. Pero, lo realmente relevante es establecer si es lógico que la locación deba tener un plazo máximo. ¿En defensa de qué interés? También, los últimos proyectos de reforma se inclinan en ese sentido: me refiero al Anteproyecto Llabrás de 1954 en su art. 1225 mantuvo el plazo de diez años pero lo amplió a veinte años en caso de tratarse de inmuebles destinados a una explotación industrial o comercial. Por su parte el Proyecto de Código Unificado de 1987 (art. 1505) para estos supuestos lo elevó a cincuenta años” (Leiva Fernández, “El arrendamiento (...)” T. II. p. 1363).

Por eso en el borrador elevado a la Comisión propuse optar por eliminar el plazo máximo o ampliarlo como en el Proyecto de 1998. Se optó por lo segundo, que era una de las decisiones posibles.

d) Intentos de superar el plazo máximo por vía jurisprudencial

Durante la vigencia del Código Civil se planteó la inconstitucionalidad del plazo máximo del referido artículo 1505 que —por regla— no prosperaron en razón que la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó su postura sobre la constitucionalidad del plazo máximo legal vertida en el año 1924 en la causa promovida por Manuel Cornú c. José Ronco (Fallos 142:68) y anteriormente al hacer suyo el dictamen

(6) Conf. Leiva Fernández, “El arrendamiento...” T. II. p. 1363; Id. Las locaciones urbanas...” p. 359; Id. “El contrato de locación p. 41; Id. “Las modificaciones...” p. 71.

del Procurador General Suplente Horacio Rodríguez Larreta, al dictaminar en Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto, acerca del mismo tema pero respecto de las leyes 11.156 y 11.157 (7).

Es que todos los derechos tienen límites, sería lo mismo pretender que el usufructo trascienda la duración de una vida, o que la inscripción hipotecaria tenga cien años etc.

La igualdad ante la ley es conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio.

No obstante quedó firme el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 15/09/2004, Segura S. A. Inmobiliaria y Financiera International Hotel Development S. A. (Conf. Leiva Fernández, “El plazo máximo de la locación y la Constitución Nacional”) que no fue recurrido, con lo que se evitó la instancia ante la Corte Suprema.

En el fallo “Segura S. A. Inmobiliaria y Financiera International Hotel Development S. A.” el tribunal se refiere al derecho a trabajar y ejercer industria lícita, garantizado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, sin embargo lo garantizado:

“es la actividad negocial, no el medio instrumental para realizarla. Máxime si es posible realizar el mismo negocio a través de otras figuras jurídicas, como el usufructo, o recurriendo a diversos contratos asociativos, o celebrando un leasing con pacto de retroventa (art. 1366 del Código Civil). Figuras jurídicas que —a su vez— podrían haberse utilizado exclusivamente, o combinadas, como podría haber sido la constitución del derecho real de usufructo limitado a los 20 años previstos para el caso que el usufructuario sea una persona jurídica (art. 2920 del Código Civil) seguido de un contrato de locación con plazo suspensivo a la fecha del cese del usufructo” (Spota - Leiva Fernández, V, 1201. p. 286).

II. 2. El texto vigente y la prueba del contrato

El artículo 1197 del Código Civil y Comercial reproduce lo previsto por el artículo 1129 del Proyecto de Código Civil de 1998 al prever un máximo de 20 años para el destino habitacional y de hasta 50 años para los otros destinos, con lo que se aumenta el plazo hoy restringido a 10 años por el artículo 1505 del derogado Código Civil.

Pero ampliar el plazo es directamente proporcional a la necesidad de asegurar la prueba del contrato por eso el Proyecto de 1998 en su artículos 1122 proponía que “si el tiempo pactado es superior a cinco (8) años, el contrato debe ser registrado para que sea oponible a terceros”.

Cabe destacar que la registración no es algo ajeno al contrato de locación pues así lo disponía antiguamente la ley 1893 vigente hasta su derogación por la ley 17.417, en 1968, (Id. p. 64).

Al no incluirse tal previsión en el Código Civil y Comercial deberá protegerse la prueba documental celosamente pues el contrato con tales plazos ha pasado a ser de los regulados como “de larga duración” en el artículo 1011.

II. 3. Plazo que excede el máximo legal

a) Efectos sobre el tiempo excedente

A semejanza de otros plazos máximos —Vg. el del usufructo— se trata de una norma de orden público (9) por lo que su violación acarrea una nulidad absoluta aunque parcial (10), pues se trata

(7) Conf. Spota - Leiva Fernández, V, 1201. p. 286.

(8) Spota - Leiva Fernández T. V. N° 1137 p. 142.

(9) Conf. Borda, T. II, parágr. 645/6; Carlomagno p. 54; Lafaille, Curso T. II. Parágr. 309; Lerena T. V, p. 249; Lorenzetti T. II, p. 358; Machado IV, p. 248; Leiva Fernández, Luis F. P., en Llambías, “Código...” III-B, p. 152; Spota - Leiva Fernández, V, 1201. p. 286.

(10) Lafaille T. II, parágr. 189; Salvat, II parágr. 40; Leiva Fernández, Luis F. P., en Llambías, T. III-B, p. 152; Spota - Leiva Fernández, V, 1201. p. 286.

de una aplicación del principio de conservación del acto jurídico contractual. Solo se expurga el plazo excedente.

Aunque puede establecerse una cláusula expresa de renovación, no puede usarse para superar o contravenir los plazos máximos legales.

b) Límites a la opción de prórroga

Sin embargo no encuentro obstáculo a que, una vez concluido un periodo locativo, las partes celebren nuevamente un contrato de locación sobre el mismo inmueble; y así sucesivamente incluso superando los máximos previstos, porque se trata de nuevas relaciones locativas de las que surgen nuevos contratos, y no son prórroga de los anteriores (11).

Lo que se sanciona con nulidad es la cláusula que prevea una opción, a favor de ambas partes, del locador o del locatario, que permita por decisión unilateral la continuación del contrato transgrediendo el plazo máximo legal (12).

Si la cláusula de que se trate permite ejercer una opción de prórroga por más períodos, es inválida en cuanto su suma exceda del plazo máximo porque la duración total de la relación locativa, computado desde el inicio, no puede superar el máximo legal.

Así las cosas, la cláusula en un contrato de locación de inmueble con destino no habitacional por el término de veinticinco años, con opción a favor del locatario de prorrogarlo a su vencimiento (por hasta otros veinticinco años, pero no más) resultaría plenamente válida.

c) Incidencia de los nuevos contratos de opción y de preferencia

“Como el contrato preliminar de opción (artículo 996) presume que el obligado (locador en nuestra hipótesis) —que no está obligado a dar nuevamente en locación— contrata una opción a favor del locatario, se estaría sin duda ante un nuevo contrato que, por ende, no vulnera la regla del plazo máximo porque el obligado por la opción puede decidir no dar en locación. Pero si decide hacerlo, obligado como está a aceptar al beneficiario de la opción como locatario, al cumplirlo surge un nuevo contrato.

La situación no varía si en el contrato de opción el rol de beneficiario de la opción se otorgase al locador y el de obligado a aceptar el contrato al locatario, porque de cualquier manera el contrato que se celebre en cumplimiento de la opción se trataría de un nuevo contrato que podría o no existir, porque nada asegura que el beneficiario (locador) ejerza su derecho, pues no tiene obligación de ejercer la opción” (Leiva Fernández en Alterini. T. VI p. 281). El contrato así logrado no se suma al plazo inicial.

Igualmente si se acordó en forma autónoma un pacto de preferencia (artículo 997) por el cual una parte se compromete a darle prioridad a la otra, en la medida que iguale las circunstancias (plazo, destino, garantías, etc.) y precio ofrecidos por un tercero; en el contexto del Código Civil y Comercial el contrato de locación así logrado no se suma al plazo inicial. Ya se entendía que era viable, como pacto en el contrato de locación (13).

“Nuevamente, si invertimos los roles y el que otorga la preferencia fuese el locatario obligándose a que si decide tomar en locación nuevamente lo hará con el mismo locador si este iguala las condiciones y precio (en este caso el más bajo) propuesto por un tercero, la situación no cambia, porque siempre se requiere la concurrencia de dos elementos que pueden o no concurrir: la decisión de contratar un nuevo contrato de locación y la posibilidad de igualar la oferta del tercero” (Leiva Fernández: en Alterini, T. VI, p. 281).

(11) Conf. Machado T. IV. p. 249; Salvat T. II p. 40, Leiva Fernández en Llambías T. III-B p. 152; Spota - Leiva Fernández T. V. p. 285.

(12) CNPaz, Sala I, LL Rep. 1968-1787, N° 61; CNEsp. Civ y Com., Sala I, LL Rep. 1974-1005, N° 16.

(13) Conf. Rezzónico Luis M. T. II151; Leiva Fernández en Llambías T. III-B p. 152.

III. El plazo mínimo en la locación

III.1. *Ámbito de aplicación y contenido*

La regla del artículo 1198 del Código Civil y Comercial a semejanza de lo prescripto en el régimen derogado solo se aplica a las contrataciones inmobiliarias que no se rijan por la ley de arrendamientos rurales.

El nuevo plazo mínimo legal es de dos años cualquiera sea el destino al que se dedique el inmueble y —desde luego— siempre que no se haya pactado uno mayor.

El objeto abarca en forma explícita también a las locaciones sobre partes de inmuebles y universalidades que las contengan. Se recibe de esta manera un concepto preexistente.

No importa si la locación es con muebles o sin ellos, salvo que siendo con muebles sea en zona de turismo en cuyo caso carece de plazo mínimo legal como prescribe el artículo 1199 inc. b) el Código Civil y Comercial.

El nuevo plazo mínimo legal solo rige para la contratación originaria, no para las prorrogas expresas, ni se aplica a la sublocación (14), porque por esa vía podría superar el plazo de la locación originaria; ni para la cesión (15).

Tampoco se aplica a la continuación de la locación concluida (artículo 1218); por ello es que se prohíbe la tácita reconducción, para que no empiece a correr un nuevo plazo mínimo legal.

Sí se aplica si hay nuevos contratos sucesivos; es decir no a prórrogas del mismo contrato.

Como en el sistema derogado, la norma se aplica en subsidio del plazo mayor pactado por las partes. En síntesis si se pactó un plazo mayor se aplica el mayor; si no se pactó se aplica el de mínimo legal del artículo 1198; y si se pactó uno menor también se aplica el de este artículo referido excepto que se trate de uno de los supuestos excluidos en el artículo 1199.

Como la previsión legal no formula distinción alguna en función del sujeto, el plazo mínimo legal ampara a cualquier locatario; incluso al Estado.

III.2. *Se unifican los plazos mínimos legales*

El artículo 1198 —que reproduce el artículo 1130 del Proyecto de 1998— al unificar los plazos mínimos para cualquier tipo de locación de inmuebles o de parte de inmuebles, o de universalidades que los contengan y establecerlo en dos años, elimina una diferencia que nunca tuvo sustento lógico.

Prever —como hacía la legislación derogada— distinto plazo mínimo para la locación de inmuebles según su destino era una tradición que no encontraba justificativo. El origen ha sido posiblemente la creencia que trasladar una familia era menos dificultoso y se podía hacer en menor tiempo que trasladar un comercio o industria. No por la mudanza sino porque el comercio y la industria siempre deja atrás algo de su clientela. El *mailing* por correo electrónico parece haber superado ese enfoque.

Tampoco cabe presumir que la locación comercial o industrial o profesional requiere incorporar una mayor infraestructura que la meramente familiar. Una inmobiliaria, v. gr. no necesita trasladar casi nada (16).

(14) Conf. Rezzónico, Luis M., T. II, p. 16; Spota - Leiva Fernández, T. V. N° 1126 p. 107; Leiva Fernández, en Llambías, T. III-B p. 155.

(15) Conf. Carlomagno, p. 89; Spota - Leiva Fernández, T. V. N° 1126, p. 107; Leiva Fernández, en Llambías, T. III-B, p. 155.

(16) Conf. Spota - Leiva Fernández, T. V. N° 1126 p. 109.

Tal unificación también soluciona el tema de la duración mínima de las locaciones de destino mixto, y de las que por inadvertencia no establecen el destino contractual.

III.3. El plazo mínimo legal es de orden público para el locador

Igual que en el régimen derogado, el plazo mínimo legal es de orden público y obligatorio para el locador (17), pero sólo facultativo para el locatario en cuyo beneficio está establecido. Prueba de esto último es la posibilidad de resolver anticipadamente desde los seis meses de celebrado el contrato (artículo 1221).

El plazo contractual inferior al legal es nulo y su nulidad puede ser declarada de oficio (18).

Como el plazo mínimo legal esta previsto en beneficio del inquilino puede renunciarse (19), pero no en forma anticipada (20). Igual que en el Proyecto de 1998 se exige la tenencia de la cosa para que el locatario pueda renunciar válidamente al plazo mínimo, como recaudo para evitar las renunciaciones sistemáticas y anticipadas, asumiendo que al estar en la tenencia de la cosa el poder negocial del locatario es equivalente al del locador.

III.4. Locaciones excluidas del plazo mínimo legal

El origen lejano de los supuestos de exclusión del plazo mínimo legal se encuentra en algunas leyes de emergencia en materia locativa urbana, que los referían como ajenos a la prórroga que establecían, y que a partir de la ley 23.091 (artículo 2) mantuvieron casi el mismo contenido fáctico pero atribuyéndoles el efecto de excluirlas del amparo que significa los plazos mínimos legales. Es decir, se conservaron los supuestos cambiando los efectos.

a) Inciso a) del artículo 1199: inmuebles o parte de inmuebles destinados a sedes de embajadas, consulados u organismos internacionales y el destinado a habitación del personal extranjero diplomático o consular

La exclusión se aplica a contratos de locación inmobiliaria celebrados por Estados u organismos internacionales reconocidos por la Nación. No abarca a las oficinas administrativas que pueda tener la embajada o el consulado Vg. para otorgar visas si es fuera del edificio sede.

No se aplica a los contratos celebrados por el personal de un consulado o de una embajada o de un organismo internacional, sino sólo a aquellos sujetos de jerarquía funcional tal como para representarlo. Y en orden a los organismos internacionales cabe restringir el alcance de su interpretación al caso de aquellos que estén acreditados en nuestro país con jerarquía de estado extranjero, por ej.: la ONU y la OEA, pero no nos parece que ello se refiera, Vg., a una comisión técnica mixta de nuestro país y uno extranjero, pese a ser un organismo internacional.

Es que los diplomáticos cumplen un período en nuestro país y luego retornan a sus patrias. Pero ese no es el caso del chofer, el portero, o el empleado administrativo del consulado o embajada, que las más de las veces es conciudadano nuestro (21).

(17) Conf. Clavell Borrás, p. 149; Rezzónico, L. M., II, p. 479, Salvat T. II, p. 96; Piantoni, p. 126; Leiva Fernández, Luis F. P., Consideraciones..., p. 1151; Spota - Leiva Fernández, T. V. N° 116 p. 107; Leiva Fernández, en Llambías, T. III-B, p. 155.

(18) CNEsp. Civ. y Com., Sala V, LL Rep. 1975-1084, n° 26.

(19) Conf. Borda T. I., p. 479; Clavell Borrás p. 149; Piantoni p. 122; Rezzónico L. M., II, p. 159; Salvat, p. 42; Leiva Fernández, en Llambías, T. III-B, p. 155.

(20) Carlomagno, p. 57; Piantoni p. 128; Leiva Fernández, en Llambías, T. III-B p. 155; Spota T. IV. p. 695; Leiva Fernández, "Consideraciones...", p. 1151.

(21) Conf. Leiva Fernández, "Consideraciones..." p. 1151; Id La locación en el proyecto..."; Id: "Las modificaciones..." p. 71; Leiva Fernández en Rivera, "Comentarios al Proyecto..." p. 609; Id. "El contrato de locación..." p. 41; Spota - Leiva Fernández, T. V., n° 1127, p. 111.

Por esa eventual necesidad de regresar al extranjero no tiene sentido obligarlos a contratar con un plazo mínimo y, eventualmente someterlos al pago de una indemnización por resolución anticipada de la locación, sea porque su destino en la Argentina es de pocos meses, sea porque su estadía en la República no depende de su voluntad sino de las ordenes de sus gobiernos.

b) Inciso b) del artículo 1199: inmuebles o parte de inmuebles destinados a habitación con muebles que se arrienden con fines de turismo, descanso o similares

Se trata del llamado contrato de temporada sobre inmuebles destinados a habitación, por lo que no se excluye de la aplicación del plazo mínimo legal los contratos con destinos no habitacionales aunque sean de temporada Vg. un restaurant en una playa por los meses de verano.

La ley 23.091 se refería a inmuebles con esos fines ubicados en “zonas aptas para turismo”, siendo que en realidad, cualquiera puede serlo. El sitio de turismo no es fruto de una consideración objetiva, sino subjetiva propia de la valoración de cada individuo. Vg. los norteños hacen turismo en el sur, y los sureños van al norte. Cualquier zona es objetivamente apta para turismo por lo que en el Código Civil y Comercial se eliminó el criterio referido a las zonas afirmando el uso al que se les destinaria.

La norma crea una presunción al establecer que, si el plazo del contrato supera los tres meses, entonces no se ha celebrado una locación con fines de turismo o descanso. Se trata de una presunción *uris tantum* (22).

c) Inciso c) del artículo 1199: inmuebles o parte de inmuebles destinados a guarda de cosas

No efectuando ninguna distinción la norma, ha de entenderse comprendida en la misma cualquier locación inmobiliaria destinada a la guarda de cosas (automóviles, animales, efectos personales, etc.).

Pero debe quedar en claro que se trata de locaciones y no de contratos de depósito o de garaje que es innominado pero con tipicidad social (23).

El inciso ahora vigente sintetiza la farragosa redacción del artículo 2° inc. c) de la ley 23.091.

d) Inciso d) del artículo 1199: inmuebles o parte de inmuebles destinados a exposición u oferta de cosas o servicios en un predio ferial

La norma se refiere a las locaciones de inmuebles o partes de inmuebles por su naturaleza (un sector para poner una carpa o un stand) o por accesión (lo mismo pero dentro de un edificio) o de puestos en mercados o ferias en ámbitos privados.

Como la feria, exposición o mercado duran poco tiempo generalmente no se alquila un inmueble sino un espacio pequeño para poner un stand de exhibición, para distribuir publicidad, etc.

El locador debe ser un sujeto de derecho privado porque si es el Estado (nacional, provincial o municipal), la locación es administrativa (24).

e) Contratos con finalidad determinada que deba cumplirse en un plazo menor

El último párrafo del artículo 1199 recoge la regla que tenía el derogado artículo 1508 del Código Civil.

Se trata de las locaciones con objeto determinado y expreso menor al mínimo legal que ya se admitían en la legislación derogada (V. CNEsp. Civ. y Com., Sala III, LL 1976-D-672) como la de un teatro para

(22) Conf. Spota —Leiva Fernández, T. V. N° 1127 p. 111; Leiva Fernández. “Las modificaciones...” p. 71; Leiva Fernández en Rivera “Comentarios al Proyecto...” p. 609; Id. “El contrato de locación...” p. 41.

(23) Conf. Leiva Fernández, El interdicto de recobrar, ...” p. 276; Spota —Leiva Fernández, T. V. N° 1127 p. 112.

(24) Conf. Leiva Fernández, “Consideraciones...” p. 1151; Spota —Leiva Fernández, T. V. N° 1127 p. 113.

dar un número determinado de representaciones (25). Este tipo de locaciones debe ser analizadas con especial cautela, pues abren una importante brecha para posibles simulaciones ordenadas a la eludir el plazo mínimo legal. En su análisis adquiere particular relevancia el estudio de la causa fin del contrato.

f) Quid de la resolución anticipada aplicada a los contratos sin plazo mínimo legal. Crítica al artículo 1221 inc. b)

La norma citada exige que el locatario pague una indemnización de dos meses de alquiler en los supuestos de locación no sujeta al plazo mínimo legal.

La indemnización tarifada que en el borrador se refería a “dos períodos” de alquiler en el Código Civil y Comercial se entendió como “dos meses” de alquiler.

Así redactado es inaplicable. Si el alquiler se pactó en un pago único Vg. por 4 meses de vacaciones, la indemnización tarifada equivale al monto dividido por la cantidad de meses y multiplicado por dos. Si se pactó por pago mensual en cada uno de los cuatro meses se deberá el valor del último mes multiplicado por dos.

Pero, si la duración del contrato fuese Vg. de quince días, no podría pagarse de indemnización el valor de dos meses porque superaría cuatro veces el valor del contrato, y si fuese de un mes de veraneo, tampoco, porque superaría en el doble el valor contractual. Esta norma, la del inciso b) de este artículo en los términos de la ley, llevará a que Vg., en las locaciones por temporada de verano no se pueda resolver pues sería más barato cumplir el contrato que resolverlo.

El mismo problema se suscita en las demás excepciones al plazo mínimo legal del artículo 1199, (Vg. cochera que no configure un contrato de garaje, parte de inmueble para ser usado para exposición o stand en predio ferial que puede durar un semana, etc.).

No es posible pagar más por restituir la tenencia que por usarla.

Si la norma no se aclara, por fe de erratas o por jurisprudencia, será inaplicable”(26).

IV. Conclusiones

El Código Civil y Comercial reproduce en lo substancial el Proyecto de 1998 y lo hace con la finalidad de simplificar la regulación legal, eliminando distinciones inútiles, mantenidas por tradición, aclarando conceptos que ya estaban contenidos en la también derogada ley 23.091.

Como lo requirió la doctrina, amplía generosamente el plazo máximo y unifica en el menor valor los plazos mínimos, que sujeta a los mismos efectos que la legislación derogada, conservando las exclusiones que tenía la ley 23.091.

V. Bibliografía

ARIAS, J. (1939). *Contratos Civiles*. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores.

BORDA, Guillermo A. (1979). *Tratado de Derecho Civil, Contratos*. Buenos Aires: Perrot.

CARLOMAGNO, Adelqui (1927). *La locación en el Derecho Civil argentino*. Buenos Aires

CLAVELL BORRÁS, Javier (1978). *El contrato de Locación Urbana en el Código Civil*. Buenos Aires: Cooperadora de Dcho. y Cs. Soc.

LAFAILLE, Héctor (1928). *Curso de Contratos*. Buenos Aires: Tall Ariel.

(25) Conf. Leiva Fernández, en Llambías. T. III-B p. 160.

(26) Leiva Fernández en Alterini. T. VI p. 362.

- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (1975). *El interdicto de recobrar y el contrato de garaje*. Buenos Aires: La Ley, 1975-D.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (1984). *Consideraciones sobre la normativa civil del régimen regular de locaciones urbanas (Ley 23.091)*. Buenos Aires: La Ley, 1984-D.
- (1985). EN: Llambías, J. J. (Dir.), Alterini, A. A. (Coord.), *Código Civil Anotado*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.
- (1994). *Contratos de locación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- (2000). “El arrendamiento, el contrato de obra y de servicios al inicio del milenio”, EN: *El Código Civil del Siglo XXI (Perú-Argentina)*. Lima: Ed. Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú.
- (2004). “Las locaciones urbanas en los Proyectos de Reforma del Código Civil”, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni. 2004-2.
- (2006). “El plazo máximo de la locación y la Constitución Nacional”, EN: *La Ley* 21/03/2006.
- (2012). “Locación”, EN: *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial*, Julio César Rivera (Dir.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- (2013). “La locación en el Proyecto de Código”. Artículo de doctrina en *La Ley* 06/02/2013.
- (2014). “El contrato de locación de cosas en el Código Civil y en el Proyecto de 2012”, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. N°2. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- (2015). “Las modificaciones al contrato de locación en el Código Civil y Comercial”, EN: *Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos*, Suplemento Especial *La Ley*. Stiglitz, Rubén (Dir.), abril.
- (2015). EN: *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Jorge H. Alterini (Dir. Gral.). Buenos Aires: Ed. La Ley 2015, T. VI.
- LLERENA, Baldomero (1900). *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*. 2ª ed. Buenos Aires.
- LORENZETTI, Ricardo (2000). *Tratado de los contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, T. II.
- MACHADO, José Olegario (1989). *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. Buenos Aires: Ed. Lajouane.
- PIANTONI, M. A. (1975). *Contratos Civiles*. Buenos Aires.
- REZZÓNICO, Luis María (1969). *Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- SALAS, Acdeel Ernesto y TRIGO REPRESAS, Félix A. (1979). *Código Civil y leyes complementarias anotados*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- SALVAT, Raymundo M. (1952). *Tratado de Derecho Civil. Argentino - Fuentes de las obligaciones*. 2a ed. Act. por Acuña Anzorena, Arturo. Buenos Aires: Ed TEA.
- SEGOVIA, Lisandro (1881). *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*. Buenos Aires: Pablo E. Coni.
- SPOTA, A. G. (1979). *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires.
- SPOTA, Alberto G. y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. (2009). *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Buenos Aires: La Ley.

La cesión de derechos, en el nuevo Código Civil y Comercial

POR RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO (*)

Sumario: I. Concepto. Relación con el Régimen anterior. — II. Antecedentes. — III. Clases y tipos de cesión de derechos. — IV. Cesión en garantía. — V. Cesión de crédito prendario. — VI. Forma. — VII. Objeto. Derechos que pueden ser cedidos. — VIII. Efectos. Con respecto a las partes y los terceros. — IX. Efecto entre las partes. — X. Cesión parcial. — XI. Efectos con relación a los terceros. — XII. Garantías que debe el cedente. — XIII. La garantía de derecho (*Veritas Nominis*). — XIV. Las excepciones a la garantía de derecho. — XV. Mala fe del cesionario. — XVI. La garantía de hecho (*bonitas nomini*).

I. Concepto. Relación con el Régimen anterior

La cesión de un derecho consiste en la transmisión de una determinada facultad jurídica de un sujeto a otro. Es dable considerar que se trata de una especie de dicha transferencia que se brinda entre vivos y a título particular. Es decir, resulta siempre una forma de trasladar un derecho de un sujeto que, se desprende del mismo, hacia otro que lo recibe y adquiere (1).

De lo dicho se infiere la diferencia entre las trasferencias a título particular de las que se producen a título universal. En las primeras siempre el contenido está dado por un derecho singular vinculado a un objeto particular; mientras que la sucesión a título universal, se brinda cuando se recibe todo un patrimonio a una parte alícuota del mismo (artículo 400 del Código Civil y Comercial) (2).

A más de ello la trasmisión debe ser realizada entre vivos y no tener su causa en la muerte de una persona. El distingo que, aparece con imagen de simplicidad y sencillez, no lo es tanto. Las que corresponden “inter vivos” son aquellas en que el acto comienza su eficacia en vida de las personas que lo realizan o intervienen en él. Sin perjuicio de que, en determinados negocios, se toma en consideración la muerte de una persona para integrar el *factum normativo*, como por ejemplo en el caso del seguro de vida previsto en el artículo 128 de la ley 17.418 (3).

En cambio, en los denominados “*mortis causa*” los efectos recién se concretan ante el fallecimiento o deceso de alguno de los sujetos que tuvieron intervención. La muerte obra como causa y resulta un elemento indispensable para la existencia del derecho, de esa manera lo sostiene Stolfi en la doctrina italiana (4).

(*) Prof. Extraordinario Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

(1) Es muy importante la diferenciación entre las transmisiones a título singular y a título universal. Esta última se produce cuando se transfiere todo un patrimonio o un parte alícuota del mismo. La a título singular o particular, en los casos en que de traslación de un bien o un derecho particular. Brebbia R. H. (1981). *Hechos y actos jurídicos*. Bs. As: Ed. Astrea, T. I, p. 35, No. 29. Santoro Passarelli F. (1964). *Doctrinas generales del derecho civil*. Madrid: Ed. R. D. P., trad. Luna Serrano, p. 100, No. 19. Compagnucci de Caso R. H. (1992). *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 29, No. 9.

(2) Barbero D. (1967). *Sistema de derecho privado*. Buenos Aires: Ed. Ejea, Trad. Sentis Melendo, T. I, p. 339. Zannoni E. (1983). *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*. 3ra. ed. Bs. As: Ed. Astrea, T. I, p. 49, No. 31.

(3) Orgaz A. (1963). *Hechos y actos o negocios jurídicos*. Buenos Aires: Ed. Zavalía, p. 78, No. 41. Salvat R. - Romero del Prado V. (1954). *Tratado de derecho civil argentino*. Parte general. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Tea, T. II, p. 90, No. 837. Albaladejo M. (1978). *Derecho civil. Introducción y parte general*. 5ta. ed. Barcelona: Ed. Bosch, T. I, v. II, p. 157. Castán J. (1978). *Derecho civil. Introducción y parte general*. 12ava. ed. Madrid: Ed. Reus. Actualizada por J. L. De Los Mozos, T. I, v. II, p. 696.

(4) Stolfi N. *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Ed. R. D. P., p. 59, No. 14. Albaladejo: *Der. civ. Introd. y parte general*,

A manera de síntesis podría decir que la transmisión de los derechos tiene como principal efecto la modificación subjetiva en la titularidad de esa facultad; de ese modo el derecho se mantiene intacto en el contenido transmitido y solo se anota el cambio en la figura de uno de los sujetos.

En el Código Civil derogado no estaba prevista esta vía de traslación subjetiva, ya que esa legislación solamente preveía la “cesión de créditos” (artículo 1434 a 1484), y la denominada “delegación activa perfecta o novatoria (artículo 817). En cuanto a lo primero posee un gran parentesco con el nuevo sistema, ya que se trata de un contrato donde el acreedor transfiere a un tercero llamado cesionario, el derecho creditorio que tiene contra su deudor (artículo 1434); aunque es importante señalar que se trata solamente de la transferencia de un “derecho de crédito” como contenido de la parte activa de la relación de obligación (5).

En cuando a la “delegación activa” el viejo Código solo admite que dicha traslación sea el acuerdo entre: el acreedor originario (delegante), con un tercero (delegatario), y la conformidad del deudor (delegado). Este tipo negocial es siempre novatorio, es decir produce la extinción de la obligación originaria y da nacimiento a una nueva relación jurídica (6).

Debo aclarar que en la regulación de la cesión de créditos, un artículo ampliaba en extenso abanico, el objeto de la cesión; se trataba de lo normado en el artículo 1444 que disponía: “Todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que la causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito.” Ello aparecía reiterado en lo dispuesto en los artículos 1441, 1445, 1447 y 1449. De esa manera se incluía dentro del capítulo de la cesión de créditos a la de los derechos, cuando en realidad la primera resulta una subespecie de la segunda. Ello lleva a pensar y, de esa manera se sostuvo por caracterizada doctrina, que el Código civil, hoy derogado, incluía en su normativa y en cierta medida, a la cesión de derechos oculta bajo el manto de la transmisión de los créditos (7).

Como una cuestión de curiosidad jurídica, nada más, es posible ver que el Código civil español, regula a la “cesión de créditos” en el título sobre la compraventa, en los artículos 1526 a 1538, no siendo de todas maneras la compraventa el único objeto y causa de la cesión (8).

cit., T. I, v. II, p. 157. Llabias J. J. (1973). *Tratado de derecho civil*. Parte general. 5ta. ed. Ed. Buenos Aires: Perrot, T. II, p. 321, No. 1145. Coviello N.: *Doctrina general del derecho civil*. Mexico: Ed. Uthea, Trad. Felipe de J. Tena, p. 346, No. 102.

(5) Compagnucci de Caso R. H. (2002). Cesión de créditos. Bs. As: Ed. La Ley, p. 11, No. 7. Spota A. G. (1973). *Instituciones de derecho civil*. Contratos. Bs. As: Ed. Depalma, T. IV, p. 259, No. 892. Llabias: *Trat. Parte general*, cit., T. II, p. No. 607. Cabrillac R. (1996). *Droit des obligations*. 2ème. Edit. Paris: Ed. Dalloz, p. 257. Fabre—Magnan Muriel (2004). *Les obligations*. 1er. Edit. Paris: ed. Thémis, p. 475.

(6) La “delegación activa” poca relación tiene con el instituto bajo estudio. La delegación novatoria es mas un medio de extinción que una forma de transferencia de los derechos.

(7) Messineo F. (1956). *Manual de derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Ed. Ejea, trad. Sentis Melendo, T. II, pp. 50. Babiloni J. A. (1921). *Anteproyecto de Código civil*. Buenos Aires: Ed. Valerio Abeledo, T. VI, pp. 49. Compagnucci de Caso R. H. (2001). “Cesión de créditos y deudas en el Proyecto de Cod. Civ. de 1998”, EN: Publicaciones de la “Academia de Derecho de Buenos Aires” Buenos Aires: La Ley, pp. 40. Rezzónico L. M. (1967). *Estudio de los contratos*. Bs. As., Ed. Depalma. 3ra. ed., T. II, pp. 308. Cazeaux P. N. - Trigo Represas A. F. (2010). *Derecho de las obligaciones*. Buenos Aires: Ed. La Ley. 4ta. ed., T. II (actualizado por el Dr. José M. Cazeaux), p. 698, No. 1143. Spota. *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 262, No. 893. Borda G. A. (1973). *Tratado de derecho civil. Contratos*. 3ra. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot. T. I, p. 375, No. 486.

(8) Navarro Perez J. L. (1998). La cesión de créditos en el Derecho civil español. Granada: Ed. Comares, pp. 42-43. Santos Briz J. (1978). *Derecho civil. Teoría y práctica*. Madrid: Ed. R. D. P., T. IV, p. 116. Los juristas españoles se inclinan a sostener ese criterio en virtud de que el Código. Civil español regula a la cesión de créditos dentro del capítulo de la compraventa. (artículos 1526 a 1536), aunque aclaran que, no por ello ese tipo contractual es la única y exclusiva causa de la cesión. Castán. *Der. civ. Oblig. y contratos*, cit., T. IV, p. 201. Lacruz Berdejo y otros. *Elementos de derecho civil*, Ed. Bosch, 2da. ed., T. II, v. I, p. 225, No. 138.

II. Antecedentes

Es evidente que el antecedente inmediato y directo de la cesión de derechos, lo constituye lo previsto en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998. Se encuentra previsto en los artículos 1527 a 1548, que corresponde al Libro IV, Título III, Capítulo XXVII, Sección Ira., “Transmisión de derechos”.

Allí se trata todo lo referido a: la cesión de derechos en general, la cesión en garantía, su forma, efectos, la cesión de créditos prendarios, las obligaciones del cedente, y la denominada “cesión de cartera de créditos”, o “factoring” en su denominación más corriente en el derecho comparado (9).

En los fundamentos de la figura se hace constar que los contratos transmisivos ya habían sido contemplados en el Proyecto de reformas del año 1987 (artículo 1434), en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (artículo 1037), y en el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (artículo 1434).

El factoring constituye una verdadera novedad. En el Proyecto de 1998 estaba previsto en el Capítulo de la “Cesión de derechos”, mientras que la nueva legislación la contempla con el título de “Contrato de factoraje” en los artículos 1421 a 1428, y lo define como: “(...) cuando una de las partes denominado factor se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable, los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada ‘factorado’ pudiendo otorgar anticipos sobre tales créditos, asumiendo o no los riesgos”(10).

También dentro del mismo contexto ha sido definido: “Un contrato donde una empresa especializada como factor, presta el servicio de colaboración (asistencia económica financiera) a otra empresa comercial o industrial, obligándose durante un tiempo determinado y por un precio a adquirir una determinada masa de créditos que tuviere esta última por su actividad empresarial, frente a los terceros” (11).

III. Clases y tipos de cesión de derechos

Entre todos los artículos que se ocupan del contrato traslativo de “cesión de derechos” se extraen una serie de supuestos y casos de lo más variados. Si bien se regula el principio y regla de la cesión en general (artículo 1614 y ss.), se tratan casos particulares, como por ejemplo el artículo 1615, se ocupa de la “cesión en garantía”, el artículo 1625 de la “cesión de crédito prendario”, a lo que se agrega como elemento novedoso los efectos de la cesión de un “derecho inexistente” previsto en el artículo 1629.

IV. Cesión en garantía

En la cesión en garantía, lo que para algunos autores sería un tipo de negocio fiduciario, se consagra un supuesto de transmisión impropia. Con ello se quiere significar que si bien se traslada el derecho, las finalidades aparecen condicionadas por otras relaciones jurídico-económicas que vinculan a las

(9) Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificado con el Código de Comercio, Ed. Asociación de docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U. B. A, Ed. Preparada y coordinada por la Dra. Aurora Besalú Parkinson, y Presentada por el Dr. Oscar Ameal, Buenos Aires 1999, p. 114. Se indican como Fundamentos: No. 246 “(...) El Proyecto dedica un capítulo a los contratos transmisivos. Principia por ocuparse del contrato de cesión de derechos, conforme al criterio de los modernos proyectos de reforma. (Proyecto de 1987, artículo 1434), etc.

(10) Lorenzetti R. (1993). “Reflexiones sobre el factoring como contrato de garantía”, EN: *Rev. de Der. Privado y Comunitario*, Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni, No. 2, p. 250. Explica: “Si a una empresa le es menester el crédito puede contraer un préstamo mediante una garantía real o personal, pero como novedoso puede ofrecer la solvencia de otros, sus clientes, cediendo a la entidad bancaria o financiera, los créditos que tiene hacia ellos” Id.: Argeri R. (1978). “Contrato de factoring”, EN: *La Ley*, 1978-D-1253.

(11) Linares Bretón. “Factoring un nuevo contrato bancario financiero”, EN: *La Ley* 137-1004. Fajre José B. (1999). “Contratos bancarios. Factoring”, EN: *Contratos especiales en el Siglo XXI*, Roberto M. Lopez Cabana (Dir.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 161.

partes. En el artículo 1615 solamente se indica que en estos supuestos se deben aplicar las normas que regulan la cesión de derechos (12).

Pero a pesar de la afirmativa del artículo 1615 es dable señalar que algunas particularidades y efectos propios merecen ser tenidos en cuenta. De todos modos hay consecuencias que importan situaciones análogas, y otras que se particularizan.

No ignoro que alguna corriente doctrinaria entiende que la “cesión en garantía” encierra un negocio de “prenda de créditos” ya que este último supuesto importa que el cesionario tenga un mayor respaldo para lograr el cobro de su crédito que fuera asegurado mediante la constitución de un derecho real sobre el derecho personal. Considero que son figuras diferentes y con objeto que las distingue. Tienen una concepción unitaria en cuanto a que ambas guardan negocios subyacentes que le dan causa y justificación (12 bis).

Hecha la aclaración, debo señalar que en la cesión en garantía el cedente transmite al cesionario el dominio fiduciario del derecho. Lo que implica que él podrá válidamente reclamar al obligado o a los terceros a cumplir con prestaciones, o respetar el derecho esgrimido. Si se trata de un crédito que, para el caso particular es la situación más corriente, se podrá reclamar el cumplimiento en la extensión que corresponda, es decir con más sus intereses, cláusulas penales, etc.

Es de señalar que, el cedente se verá limitado en el ejercicio de la potestad transferida, ya que no podrá ejecutar el crédito, o —sin el consentimiento del cesionario—, ni realizar remisión de la deuda, o quitas u otorgar esperas (13).

En la jurisprudencia se ha considerado: “(...) La cesión en garantía constituye un verdadero negocio fiduciario entendiéndose por tal la modificación subjetiva en la relación preexistente que consiste en la transmisión plena del dominio u otro derecho efectuado con fines de administración, facilitación de encargos o garantía que, por sí mismo no exigirían la transmisión, con el surgimiento simultáneo de una obligación del adquirente de restituir el derecho al transmitente”(14).

Asimismo se señala que la cesión en garantía tiene que cumplir ciertos requisitos para tener efectos plenos. Debe ser hecha mediante la forma de la escritura pública o instrumento privado de fecha cierta, y notificar al deudor cedido mediante una vía idónea para que surta efectos con relación al obligado y a los terceros. El cedente deberá hacer entrega del documento original donde surja el deber de cumplir. De esa manera el cesionario podrá efectivizar el derecho a exigir el cumplimiento, no surgiendo ninguna duda al respecto, el cesionario puede reclamar y cobrar el crédito transferido “en garantía”(15).

Con estas aclaraciones y salvo los detalles comentados, la cesión en garantía tiene plena virtualidad y se le aplicarán todas las reglas generales sobre la transferencia de derechos.

(12) Pantaleón Prieto Fernando (1988). “Cesión de créditos”, EN: *Anuario de Derecho civil*. Madrid T. XLI, p. 1048. Rivera J. C. (1991). “La cesión de créditos en garantía”, EN: *La Ley* 1991-C-867, considera la posibilidad de asimilarla a la prenda de créditos. Díez Picazo L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5ta. ed. Madrid: Ed. Civitas, T. II, p. 809. El distinguido jurista español, dice que el problema, en éste tipo de cesión, es entender si se está en presencia de una verdadera cesión o es solamente una prenda de créditos. Cam. Iida. la Plata, en J. A. 74-594. Miquel J. M. y Miquel Silvina (2000). La cesión en garantía, en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield”. Córdoba: Ed. Univ. Nac. De Córdoba, T. II, p. 197, sostienen que la cesión en garantía tiene tipicidad social con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad. NOTA 12 bis: Díez Picazo: *Fundamentos*, cit., T. II, p. 809.

(13) Fallo de Ira. Instancia Federal en lo Civ. y Com., en J. A. 1972-18-497. Guastavino E. (1972). “La transmisión de créditos en garantía”, EN: *Jurisprudencia Argentina*, 18-504. Pantaleón Prieto: *Cesión de créditos*, en A. D. C. XLII, p. 1049.

(14) Id. A la nota anterior.

(15) Aranda Rodríguez Remedios (1996). *La prenda de créditos*. Madrid: Ed. Marcial Pons, p. 54. Hedemann H. (1956). “Derecho de obligaciones”, EN: Lehmann-Hedemann, *Tratado de derecho civil*. Madrid: Ed. R. D. P., trad. J. Santos Briz, T. III, p. 206. Larenz Karl (1958). *Derecho de obligaciones*. Madrid: Ed. R. D. P., trad. J. Santos Briz, T. I, p. 466.

V. Cesión de crédito prendario

El artículo 1625 se ocupa de indicar cuáles son los efectos de la cesión de un crédito que se encuentran garantizado por un derecho real de prenda; dicha norma dispone: “Cesión de crédito prendario. La cesión de un crédito garantizado con una prenda no autoriza al cedente o a quien tenga la cosa prendada en su poder a entregarla al cesionario”.

Debo aclarar que no se trata de la “prenda de créditos” o también llamada “cesión de un crédito en prenda”, figura que está regulada en los artículos 2232 a 2237 del Código Civil y Comercial, donde se constituye un derecho real de prenda sobre un crédito que consta en un instrumento, sino de la transferencia de un crédito que está reforzado por un derecho real de prenda de una cosa material (16).

Es por ello que el nuevo titular del derecho puede hacerlo efectivo como cualquier acreedor, llevando a la subasta judicial el bien prendado, pero no puede pretender —como bien indica el artículo citado—, que le sea entregada la cosa pignorada (17).

VI. Forma

La forma es la manera en que se exterioriza el acto, y de allí la afirmativa del profesor Albaladejo quien sostiene que por dicha razón “todos los actos son formales”.

Pero aquí y en el campo de lo jurídico, es necesario indagar si determinados tipos negociales, es necesario cumplir requisitos rituales para facilitar su demostración, o bien para darle validez intrínseca (18).

Con relación al antecedente de la cesión de créditos prevista en los artículos 1434 y ss. del Código Civil derogado, quedó planteado el interrogante si la regla del artículo 1454 que disponía: “Toda cesión debe ser hecha por escrito bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido y aunque él no conste en instrumento público o privado”, ante el incumplimiento de la forma escrita, tenía un efecto pleno de ineficacia o se vinculaba solamente a la exigencia de un medio probatorio.

Buena parte de la doctrina seguida por distinguidos juristas, entiende que la imposición de la forma escrita lo es solamente a los efectos de la demostración del acto, lo que se conoce como una exigencia “ad probationem”, cuyo incumplimiento no genera ninguna sanción de ineficacia plena. Ello permite que, ante el incumplimiento de la forma escrita cualquiera de los intervinientes puede buscar y basar su reclamo en la prueba correspondiente a fin de compeler a llevar el acto a la forma requerida (conf. artículo 1185 del Código anterior, y artículo 1018 del nuevo Código Civil y Comercial (19).

(16) El supuesto es una verdadera cesión de créditos. Tiene como particular característica que asegura el cobro con derecho real de prenda sobre un bien mueble o sobre un crédito. Es necesario no confundirlo con la “prenda de créditos” donde el objeto del derecho real recae sobre un derecho personal. Aranda Rodríguez: *La prenda de créditos*, cit., p. 55 y ss.

(17) Cosola Sebastián J.: coment. al artículo 1625, EN: Rivera - Medina (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Ed. Thomson Reuter. La Ley, T. IV, p. 810. Leiva Fernandez L.: coment. al artículo 1625, EN: Alterini J. H. (Dir. Gral.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tratado exegético), Buenos Aires: Ed. Thomson Reuter. La Ley, T. VII, p. 880 y ss.

(18) De Los Mozos J. L. (1987). “La forma del negocio jurídico”, EN: *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Montecorvo, p. 383. Messineo: Manual, cit., T. II, p. 381. De Castro F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, p. 277, No. 336. Compagnucci de Caso R. H. (1992). *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 207, No. 68. Spota (1960-1968). *Tratado de derecho civil. Parte general*. Buenos Aires: Ed. Depalma, T. I, v. 3-7, p. 6, No. 2006.

(19) Cazeaux - Trigo Represas. *Der. de las obligl.*, cit., T. II, p. 780, No. 1175. Torrente A. - Schlesinger P., *Manuale de diritto privato*. Milano: Ed. Giuffrè, 16ma. Ediz., p. 159, No. 97. Llambias J. J. (1973). *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Perrot, T. II-B, p. 17, No. 1304. Alterini A. A. - Ameal O. - Lopez Cabana R. M. (1996). *Derecho de las obligaciones, civiles y comerciales*. 2da. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 553, No. 1385. Borda: *Trat. Contratos*, cit., T. II, p. 397, No. 527.

Otra tesis, a la que hace ya algún tiempo presté mi adhesión, juzga que al disponerse que la cesión debe ser hecha por escrito “bajo pena de nulidad”, el incumplimiento de dicha formalidad, le impide cualquier efecto. Se trata de esos supuestos de actos jurídicos formales solemnemente absolutos, donde la forma hace a la esencia del mismo negocio, a lo que los romanos cualifican con aquello de “forma data ese rei” (20).

El nuevo Código en el artículo 1618 dispone que “La cesión debe ser hecha por escrito (...)”, y mas luego consagra una serie de excepciones. Ahora bien, es dable observar que no existe coincidencia entre el texto anterior y el actual, sin embargo resulta bien asertivo el artículo 1018 cuando afirma sin más que “debe ser hecha por escrito”. A mi juicio la cuestión no ha variado sustancialmente, cuando la ley impone dicha forma lo hace a los efectos de exigir bajo sanción de ineficacia absoluta que —salvo los supuestos excluidos— debe practicarse la forma escrituraria (21).

En los pocos comentarios que han aparecido sobre el nuevo Código Civil y Comercial, se brindan interesantes opiniones. De ese modo el Dr. Leiva Fernández afirma: “Es cierto que el Código nuevo no establece la sanción de nulidad en forma expresa como si lo establecía Vélez, pero a pesar de ello estimamos que la nulidad del acto debe imponerse, caso contrario no tendría sentido el carácter imperativo de la norma comentada. Por ello entendemos que la forma determinada en éste contrato es un recaudo ‘ad solemnitatem’” (22).

La regla o principio general establecido en el artículo 1618, tiene en la misma norma diferentes excepciones. Y allí surgen los supuestos en que se exige la “escritura pública”, como en los casos de: a) cesión de derechos hereditarios (prevista en los artículos 2302 a 2309); b) cesión de derechos litigiosos y c) la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado en escritura pública.

Y en el mismo enunciado, el artículo de referencia aclara que, no exigen la forma escrita aquellos derechos que se pueden transmitir por la sola entrega manual (títulos al portador), como los que admiten el “endoso” (títulos a la orden).

VII. Objeto. Derechos que pueden ser cedidos

Tanto en el sistema del Código derogado como en el actual se permite y ello con gran amplitud que casi todos los derechos sean objeto del contrato de cesión. De ese modo el artículo 1444 del Viejo Código afirma: “(...) Todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción que se encuentra en el comercio” pueden ser cedidos. Hoy el artículo 1616 establece: “Todo derecho puede ser cedido, excepto que lo contrario resulte de la ley, de la convención que lo origina, o de la naturaleza del derecho”.

De ambas normas se infiere que el principio es de la idoneidad y aptitud que poseen los derechos para ser transferidos. De ese modo y en esa medida lo habían enunciado los juristas franceses Charles Aubry y Charles Rau, quienes afirmaron: “Tout objet incorporel et en particulier tout droit et toute action portant sur une chose qui se tourne dans le commerce est susceptible d’être cédé, à que la cession n’en soit contraire à quelque prohibition expresse ou implicite de la loi” (23).

(20) De Gasperi L. - Morello A. M. (1964). *Tratado de derecho civil*. Obligaciones. Buenos Aires: Ed. Tea, T. III, p. 762, No. 1610. Colmo (1921). *De las obligaciones en general*. Buenos Aires: Ed. V. Abeledo, p. 704, No. 1038. Compagnucci de Caso R. H. (1978). Transmisión de las obligaciones. La Plata: Ed. Lex, p. 146. Cam. Civ. 2da. C. F. EN: J. A. 19-842. CNCiv. S: E, fallo del 24-X-58, EN: L. L. 111-682.

(21) Lafaille H. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ed. Ediar, T. I, No. 333. Salvat R. - Acuña Anzorena A. (1958). *Tratado de derecho civil argentino*. Fuentes de las obligaciones. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Tea, T. I, p. 420, No. 623. S. T. Santa Fe, EN: L. L. 107-488. Cam. Civ. y Com. Azul, EN: L. L. B. A. 1997-907.

(22) Leiva Fernández: coment. al art. 1618, en Alterini: Cod. Civ. y com. Cit., T. VII, p. 867, el autor no expide sobre el tipo de forma. Hersalis M.: coment. art. 1618, EN: Bueres (2015) (Dir.): *Cód. Civ. y Com. de la Nación*, analizado. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, v. II, p. 127. Cosola: coment. al art. 1618, EN: Rivera - Medina: *Cód. Civ. y Com. coment., cit.*, T. IV, p. 803.

(23) Aubry Charles - Rau Charles (1869-1878). *Cours de droit civil français*, 3ème. Edit. Paris: Ed. Marchad Billard, T. III, p. 299, No. 359.

Esta regla que resulta abarcadora de casi todos los derechos, implica que aun los derechos condicionales, dudosos, litigiosos, eventuales, aleatorios, tienen la cualidad intrínseca de su cedibilidad (24).

Ahora bien, la misma ley determina cuales no pueden ser cedidos. El artículo 1616 da tres supuestos, aquellos que: a) sean prohibidos por la ley; b) se haya pactado la prohibición de ceder y c) resulten contrarios a la propia naturaleza del derecho. El artículo 1617 agrega que, tampoco pueden transmitirse los denominados “derechos inherentes a las personas”(25).

Como supuestos de impedimento de cedibilidad por prohibición legal, se pueden enunciar: a) el derecho de habitación (artículo 2160); b) el derecho a los alimentos futuros (artículo 539); c) a una herencia futura (artículo 1010); d) el derecho de preferencia en la compraventa (artículo 1165); e) las pensiones o jubilaciones; etc.

Entre las prohibiciones también el artículo 1616 prevé el convenio de las partes que impida la cedibilidad. Es lo que comúnmente se denomina “pactum de non cedendo”, en el caso en que los contratantes en ejercicio del principio de autonomía privada y ante derechos cedibles, acuerdan e impiden su transferencia (26).

En la doctrina anterior muy vinculada al Viejo Código, se dieron diferentes criterios. Para una corriente de opinión la prohibición convencional es válida y eficaz, ya que se trata de un convenio que no afecta al orden público ni a las buenas costumbres, ni a la moral. Es nada más que el ejercicio pleno del derecho de configurar el contrato en el ejercicio de la autonomía de la voluntad (27).

Otros autores entienden que ese convenio de impedimento establecido de manera “absoluta” es decir hacia cualquier persona, resulta nulo de nulidad absoluta. Para fundar dicha afirmativa se dice que: a) por razones de analogía es perfectamente aplicable el artículo 1384 que para el contrato de compraventa, prohíbe la cláusula que impida su transmisión a cualesquiera persona; b) que lesiona el derecho de propiedad protegido por normas constitucionales, ya que impide disponer libremente de un derecho subjetivo.

Si bien en otra obra ya sostuve la validez y vigencia en justificar lo que las partes hubieran acordado, hoy en el nuevo Código y conforme a lo dispuesto en el artículo 1616 aparece con mayor distingo y claridad la posibilidad de que el convenio de las partes límite el derecho a ceder un derecho que ha sido objeto de un contrato. En definitiva ello hace al propio ejercicio del derecho de propiedad y a la libertad de contratar.

Y por último resta destacar lo dispuesto en el artículo 1617 que dispone: “Prohibición. No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana”. El Código anterior en el artículo 1445 tenía

(24) Cazeaux - Trigo Represas. *Der. de las oblig., cit.*, T. III, p. 769, No. 1169. Lopez de Zavalía F. (1984-1995). *Teoría de los contratos*. Bs. As: Ed. Zavalía, T. II, p. 636. Compagnucci de Caso R. H. (1997). *Manual de obligaciones*. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 427, No. 343. Boffi Boggero L. M. (1973-1988). *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ed. Astrea, T. III, p. 300/ 301, No. 921. De Diego C. (1959). *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Ed. Artes Gráficas, puesta al día por don Alfonso de Cossio, y Antonio Gullón Ballesteros, T. I, p. 184. Terré F. - Simler P. - Lequette I. (1999). *Droit civil*. Les obligations. 7ème. Edit. Paris: Ed. Dalloz, p. 72, No. 65.

(25) Giorgi G. (1959). *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Madrid: Ed. Reus, trad. Dato Iradier, T. VI, p. 116, No. 83. Compagnucci de Caso. *Transmisión de las oblig.*, cit., p. 142. Del mismo autor: *Cesión de créditos*, cit., p. 93, No. 76. Salvat R. - Galli E. V. (1957). *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. 2da. ed. Buenos Aires: Ed. Tea, T. III; p. 703, No. 2328. Borda. *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 391, No. 513/ 514.

(26) Rezzónico. *Est. de los contratos*, cit., T. I, p. 563. Salvat - Galli. *Trat. Oblig. en gral.*, cit., T. III, p. 702, No. 2327/ 2328. Pizarro R. D. - Vallespinos C. G. (1999). *Instituciones de derecho privado*. Obligaciones. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, T. III, p. 660, No. 664. Alterini - Ameal - Lopez Cabana. *Der. de las obligaciones*, cit., p. 51, No. 88.

(27) Borda. *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 391, No. 513. Llambias. *Trat. Obligaciones*, cit., T. II-B, p. 25, No. 1310. Spota. *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 294, No. 906 g). Alterini - Ameal - Lopez Cabana. *Der. de las obligaciones*, cit., p. 51, No. 88. Pizarro - Vallespinos. *Inst., Obligaciones*, cit., T. III, p. 370, No. 664. CNCiv. S: A, EN: L. L. 2000-B-490, con nota del Dr. Larrondo.

un precepto similar, decía: “Las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan derechos de igual naturaleza, no pueden ser cedidos”.

Es evidente la similitud entre ambos textos legales ya que coinciden en el impedimento en la disposición de derechos que la ley cualifica como “inherentes a la persona”. A pesar de la aparente claridad no ha resultado simple establecer la naturaleza y entendimiento de su contenido. En la nota al artículo 1445 Vélez da su opinión al decir: “Las acciones fundadas sobre derechos personales no son cesibles, por la razón de que el ejercicio de esos derecho es inseparable de la individualidad de la persona”. Otros autores entienden que los “derechos inherentes a la persona” son aquellos que no pueden ser transmitidos, aunque la afirmativa incurre en una petición de principios, ya que la definición incluye su propia prohibición (28).

Asimismo se ha vinculado su concepto con el de los bienes inembargables, pues dichos derechos quedan fuera de la órbita de los acreedores porque la ley viene a protegerlos a favor de su titular (29). O con mayor precisión se indica que son aquellos derechos que se justifican como una especial cualidad de su titular, pues la propia razón de su existencia la hace el sujeto a quién pertenece el derecho (30).

VIII. Efectos. Con respecto a las partes y los terceros

La cesión de derechos surte efectos con respecto a las partes contratantes, y con relación a los terceros. De allí se infiere que resultan integrantes del contrato: el cedente y el cesionario y sus sucesores universales; y son terceros los obligados o cedidos (por ejemplo el deudor del crédito), los acreedores de ambos contratantes, y otros cesionarios sucesivos a quienes el cedente haya prometido la transferencia del derecho (31).

IX. Efecto entre las partes

El solo acuerdo de voluntades, y por tratarse de un contrato consensual (único tipo que existe en el nuevo Código) (artículos 957, 966 y ss. del Código Civil y Comercial), produce el efecto previsto de transferencia del derecho objeto del mismo. De allí la definición del artículo 1614 que sintéticamente dice que la cesión se produce cuando una parte transfiere a otra un derecho.

La ley en el artículo citado aclara, tal como lo hacían los artículos 1435, 1436 y 1437, que si la cesión tiene como contraprestación un precio en dinero, se juzga como una “compraventa”, si era por otro crédito, por la “permuta”, y si se transmite gratuitamente, por el contrato de “donación”. Sin perjuicio de conocer las opiniones que ha dado alguna sobre doctrina sobre la “cesión-compraventa”, la “cesión-permuta”, y la “cesión-donación”, entiendo que no se trata de una alteración y cambio de un tipo negocial por otro al que tiene similitud, sino que la ley dispone la aplicación supletoria de otras normas como forma de integrar e interpretar el contrato (32).

(28) Rezzónico: *Est. de los contratos*, cit., T. I, p. 563, expone con gran fuerza de convicción sus argumentos que afirman la nulidad del pacto de “non cedendo”. Id. EN: Salvat - Galli. *Trat. Oblig.* En general, cit., T. III, p. 702, No. 2327. Aclaro que el Dr. Galli no resulta coincidente con el criterio de Salvat.

(29) Es muy interesante la nota de Velez Sarsfield al art. 1445. Sobre los derechos inherentes a la persona: Naquet. *L'accion paulienne*, EN: Sirey 1920-I-249. Sanchez de Bustamante M. (1945). *Acción oblicua, indirecta o subrogatoria*. Buenos Aires: Ed. J. A., p. 111, No. 279.

(30) Malaurie - Aynés (1999-2000). *Les obligations*. Paris: Ed. Cujas, p. 738, No. 1221. Pizarro - Vallespinos. *Inst. Obligaciones*, cit., T. III, p. 350, No. 651. Spota. *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 288, No. 906. Borda. *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 391, No. 513. Fabre Magnan. *Les obligations*, cit., p. 478.

(31) Cabrillac. *Droit des obligations*, cit., p. 259, No. 404. Giorgi. *Teoría de las obligaciones*, cit., T. VI, p. 92, No. 54. Pizarro - Vallespinos. *Inst. Obligaciones*, cit., T. III, p. 373, No. 666. Planiol M. - Ripert G. - Hamel (1947). *Tratado de derecho civil*. La Habana: Ed. Cultural, trad. Diaz Cruz, T. X, p. 387, No. 343. Salvat-Acuña Anzorena: *Trat. Fuentes*, cit., T. I, p. 444, No. 671. Larenz. *Der. de las obligaciones*, cit., T. I, p. 453. Llambías. *Trat. Obligaciones*, cit., T. II-B, p. 28, No. 1312.

(32) Compagnucci de Caso. *Cesión de créditos*, cit., p. 56, No. 41. Rezzónico. *Est. de los contratos*, cit., T. I, p. 519 y ss. Badenes Gasset R. (1995). *El contrato de compraventa*. Barcelona: Ed. Bosch, T. II, p. 981 y p. 985.

El derecho transmitido pasa al cesionario en su plenitud. Es decir con todos sus accesorios, garantías, y tiene la característica de toda traslación a título singular entre vivos. Por ello este objeto no se modifica en sus contenidos intrínsecos ni extrínsecos. No sufre menoscabo en su importe, si es un crédito, ni en su objeto material si se trata de otro derecho. Como contrapartida es importante señalar que se trasmite con todos sus vicios y defectos. En definitiva y por otra vez se aplica la regla del “*nemo plus iuris*” prevista en el artículo 399 del vigente Código (33).

La ley (artículo 1619) por otra vez exige que el cedente —como obligación complementario y a los fines de hacer efectivos los deberes secundarios contractuales—, que haga entrega al cesionario de todos los documentos que demuestren la legitimidad y prueba del derecho que se transmite.

X. Cesión parcial

El derecho se puede ceder en forma total o de manera parcial.

En el supuesto de cesión parcial de un crédito, cuestión que aparece legislada en el artículo 1627 del Código civil y comercial, se pueden plantear dos interrogantes: uno de orden instrumental que emerge de los cuestión de quién de los co-acreedores (cedente y cesionario, o dos cesionarios parciales) será el poseedor del título material donde conste la obligación; y por otro lado hay que decidir en qué situación y jerarquía jurídica quedan los co-titulares del crédito (34).

Cuando el deber del deudor fue realizado en instrumento privado aparece como muy trascendente decidir cuál de los nuevos co-titulares tendrá el documento donde conste el derecho creditorio; ello resulta una cuestión de mayúsculo interés práctico, pues es necesario, para poder reclamar el cumplimiento tanto en la vía judicial como en la tratativa extrajudicial. Salvat sostiene que si el cedente es quién tiene el título debe ponerlo a disposición del cesionario, tantas veces como éste lo requiera, para hacer valer su derecho. Y Llambías, siguiendo la solución dada en el “Codice” italiano de 1942, afirma que el cedente debe extender un testimonio del documento original, previa protocolización, con los gastos a cargo de ambas partes (35).

El problema se simplifica cuando el contrato originario, donde consta la obligación, fue hecho por escritura pública, pues en ese caso cada uno puede exhibir una copia suscripta por el notario, a los efectos de justificar su derecho.

De todas maneras el artículo 1619, en su segunda parte resuelve la cuestión, y dispone que cuando se trata de una cesión parcial “(...) el cedente debe entregar al cesionario una copia certificada de toda la documentación que pruebe la existencia de los derechos cedidos” (36).

En cuanto a la situación jurídica de los acreedores es importante resolver si el cedente cedió una parte y se quedó con el resto, o bien transmitió a dos cesionarios en porciones iguales o diferentes. El problema a elucidar es si alguno de ellos tiene prioridad de cobro en el patrimonio del deudor, cuestión que alcanza su importancia ante la insolvencia del deudor cedido. El artículo 1475 del

(33) Rezzónico. *Estudios de los contratos*, cit., T. I, p. 606. Colmo. De las oblig. EN: *gral.*, cit., p. 706, No. 1044. De Gasperi - Morello. *Trat. Obligaciones*, cit., T. III, p. 759, No. 1609. Aubry - Rau: *Cours.*, cit., T. III, p. 313, No. 369 bis. Messineo. *Manual.*, cit., T. IV, p. 191. *PlanioI - Ripert - Esmein. Tratado.*, cit., T. VII, p. 387, No. 343.

(34) Salvat - Acuña Anzorena. *Trat. Fuentes.*, cit., T. I, p. 442, No. 667. Machado José O. (1921). *Exposición y comentario del Cod. Civ. Arg.* Bs. As: Ed. Lajouanne, T. IV, p. 212. Spota. *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 338, No. 928. Giorgi. *Teoría de las oblig.*, cit., T. VI, p. 154, No. 125 bis. *PlanioI - Ripert - Esmein. Tratado*, cit., T. VII, p. VII, p. 454, No. 1127.

(35) Salvat - Acuña Anzorena. *Trat. Fuentes*, cit., T. I, p. 443, No. 668 bis. El mismo criterio sustenta Borda. *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 428, No. 578. Boffi Boggero. *Trat. de las Oblig.*, cit., T. III, p. 629, No. 1242, nota 53, quién afirma: “El cedente debe tener el instrumento a disposición del cesionario parcial y aun suministrarle las informaciones que pudiese necesitar, pero también debe entregarle un testimonio del instrumento original, sea público o privado”. Llambías. *Trat. Obligaciones*, cit., T. II-B, p. 57, No. 1340. Hedemann. *Der. de Obligaciones*, cit., T. III, p. 267.

(36) Hernandez C. - Trevisano J. (2013). “Cesión de derechos y sus subtipos”, EN: *La Ley* 2013-E-940. Leiva Fernandez; coment. al art. 1619, EN: Alterini (Dir.), *Cod. Civ. y Com. Comentado*, cit., T. VII, p. 869.

Código derogado, no otorgaba preferencia a ninguno de los acreedores parciales, cuestión que se reitera en lo dispuesto en el artículo 1627 al disponer: “Cesión parcial. El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente, a no ser que éste se la haya otorgado expresamente”.

En definitiva si nada se indica en el contrato, ambos cedente y cesionario parcial se encuentran en igualdad de situación y los derechos transmitidos mantienen una igualdad de nivel en su ejercicio contra el obligado. En el supuesto de la insolvencia de éste último cada uno de los acreedores concurren a prorrata como si se trataran de quirografarios que pretenden percibir sus acreencias (37).

XI. Efectos con relación a los terceros

Si los efectos entre las partes se producen con el consentimiento, con relación a terceros ello no resulta suficiente, ya que la exigencia legal se funda en la protección de derechos de quienes no fueron parte en el acto de transmisión. Terceros pueden ser: cesionarios sucesivos, acreedores de las partes, y en algún supuesto el “deudor cedido”(38).

De allí que el Código Civil anterior dejaba planteado el efecto para con el “deudor cedido”, del resto de los terceros. Y para este primer supuesto disponía que el deudor tomara conocimiento del contrato mediante: la notificación de la cesión, la aceptación (expresa o tácita), o bien algunas presunciones que imponía la ley (artículos 1459, 1462, y 1463).

En relación a los demás terceros, el Viejo Código agregaba otro requisito a la notificación, indicándose en términos equívocos, que debía ser hecha por “acto público” (artículo 1467), o “acto auténtico” (artículo 1470) (39).

La doctrina dividió sus opiniones, entre quienes consideraron que siempre resultaba necesaria la “escritura pública” o el “instrumento público” (40); mientras otros autores y fallos de los tribunales, con mayor sentido práctico, entendieron que bastaba con acreditar la “fecha cierta”, tal como lo sostuvieran Colin y Capitant en la más alta jerarquía de la doctrina francesa (41).

Hoy el nuevo Código sigue el criterio amplio de permitir que la notificación sea por instrumento público o privado de fecha cierta, y en mi modesto parecer, acierta con la solución. Así dice el artículo

(37) Spota. *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 338, No. 928. Borda. *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 428, No. 577. Planiol - Ripert - Esmein. *Tratado*, cit., T. VII, p. 454, No. 1127. Boffi Boggero. *Trat. de las Oblig.*, cit., T. III, p. 627, No. 1242. Llambias. *Trat. Obligaciones*, cit., T. II-B, p. 57, No. 1330. Machado. *Exp. y coment.*, cit., T. IV, p. 213. Enneccerus L. - Lehmann H., *Derecho de las Obligaciones*, edic. Española Ed. Bosch, 2da. Edic., del Tratado de Derecho civil de Enneccerus - Kipp. - Wolf, Barcelona 1953, trad. De B. Perez Gonzalez y J. Alguer, T. II, v. I, No. 83.

(38) López de Zavalía. *Teoría de los cont.*, cit., T. IV, p. 604. Llambias. *Trat. Oblig.*, cit., T. II-B, p. 29, No. 1313. Colmo. *De las oblig.*, cit., p. 709, No. 1048. Cazeaux - Trigo Represas. *Derecho de las oblig.*, cit. T. II, p. 795, No. 1191. Pizarro - Vallespinos. *Inst. Obligaciones*, cit. T. III, p. 376, No. 666. De Gasperi - Morello. *Trat. Obligaciones*, cit. T. III, p. 761, No. 1610. Salvat - Galli. *Trat. Obligaciones en geral.*, cit. T. III, p. 711, No. 2329. Rezzónico. *Est. de los contratos*, cit., T. I, p. 617. CNCiv. S: K, en L. L. 1997-D-569. CN Com. S: A, en L. L. 2000-A-391.

(39) Toda esta dificultosa cuestión derivaba de un defecto de traducción que hizo Vélez Sarsfield del Código civil francés, y de la obra de los juristas Aubry y Rau. En esos antecedentes se hablaba de: “acte authentique”, “acte significatif”, y “acte publique”. Para mayores detalles y su ampliación: Compagnucci de Caso. *Cesión de créditos*, cit., p. 147.

(40) Salvat - Acuña Anzorena. *Trat. Fuentes de las oblig.*, cit., T. I, p. 449, No. 679. Rezzónico. *Est. de los contratos*, cit., T. I, p. 627. Segovia Lisandro (1933). *Cod. Civil de la Rep. Argentina, su explicación y crítica en forma de notas*, Buenos Aires: Ed. La Facultad, T. I, p. 407. Llerena Baldomero (1931). *Concordancias y comentarios al Código Civil*. Buenos Aires: Ed. La Facultad, T. V, p. 203. Boffi Boggero. *Trat. de las Oblig.*, cit., T. III, p. 639, No. 1251. Borda. *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 404, No. 539 b). Spota. *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 361, No. 938.

(41) Colin A. - Capitant H. (1924). *Cours élémentaire de droit civil francais*. Paris: Ed. Dalloz, T. II, p. 147. Cam. civ. Iida. C. F. 27-VII-32, EN: J. A. 38-1165. S. C. B. A., EN: J. A. 52-428. CNCom. EN: J. A. 1946-III. - 519, EN: L. L. 8-1004. Cam. Civ. 8va. Nom. Córdoba, EN: L. L. C. 1992-945.

1620: “Efecto respecto de terceros. La cesión tiene efecto respecto de terceros desde su notificación al cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a los bienes registrables”.

XII. Garantías que debe el cedente

En las relaciones entre el cedente y cesionario ya a fin de asegurar la plenitud del acto y la protección de los contratantes, tanto en cuanto a la existencia y legitimidad del crédito, como al mismo cumplimiento del objetivo del contrato, la ley impone una serie de garantías. Se distinguen dos tipos, una denominada “*veritas nominis*” o garantía por la evicción, que resulta un verdadero aseguramiento de derecho; y otra más vinculada a lo fáctico o “*bonitas nominis*” donde como excepción se puede llegar a asegurar la solvencia del deudor.

Esto claro está cuando se trate de transmisiones onerosas, ya que en las gratuitas en principio la ley no ga a esta clase de garantías.

XIII. La garantía de derecho (*veritas nominis*)

El artículo 1628 en su primera parte establece como principio esta garantía. Así dispone: “Garantía de evicción. Si la cesión es onerosa el cedente garantiza la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión (...)”. Dicha norma tiene una coincidencia plena con lo que indicaba el artículo 1476 del Código Civil anterior. Se trata de la responsabilidad del cedente por los dos aspectos citados: la existencia del crédito y su legitimidad (42).

En cuando a la “existencia del crédito” significa que el derecho que se transmite debe tener vigencia y virtualidad, encontrándose en el patrimonio del cedente al momento de la transferencia, en caso contrario él será responsable de la irregularidad. En cuanto a la “inexistencia del derecho” se refiere a su virtualidad, ya que si el derecho se encuentra extinguido al tiempo del acto, debe entenderse como inexistente (ver artículo 1629), y ello puede acaecer por cualesquiera de las causales que la ley indica para ello; como pueden ser: el pago (artículos 865 y ss.), la renuncia (artículos 944 a 949), la remisión de la deuda (artículos 950 a 954), o la imposibilidad de cumplimiento (artículos 955 y 956), o la compensación (artículos 921 a 930), etc. (43).

A esto se le debe adicionar que el derecho o crédito debe ser “legítimo”, lo que implica que constituya un verdadero título del derecho y tenga por sí mismo validez. Ello ocurre cuando no posee vicios que lo hagan impugnabile por nulidad, ni defectos de forma que lo afecten.

Debo aclarar que los conceptos de “existencia” y “legitimidad” no resultan simples ni su apreciación es pacífica en la doctrina. Algunos autores los han considerado en una unidad conceptual identificados

(42) Navarro Perez: *La cesión de créditos*, cit., p. 178. Terré - Simler - Lequette: *Les obligations*, cit., p. 1080, No. 1195. Cabrillac: *Droit des obligations*, cit., p. 262, No. 415. Rezzónico: *Est. de los contratos*, cit., T. I, p. 667. Spota: *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 340, No. 929. Betti Emilio (1959). *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Ed. R. D. P., trad. J. L. De Los Mozos, T. II, p. 299. Judicialmente se ha declarado: “El cedente de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, y de la solvencia del deudor cedido, pública y anterior a la cesión” (CNCiv. S: D, EN: L. L. 1997-F-64 y EN: E. D. 173- 451=). Aclarándose en otro fallo: “No tiene justificación racional el previo juicio de excusión de los bienes del deudor cedido en el supuesto de responsabilidad del cedente por la existencia y legitimidad del crédito” (CNCiv. S: D, EN: L. L. 1997-F-64).

(43) Spota: *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 341, No. 930. Salvat - Galli: *Trat. De las oblig.* En general, cit., T. III, p. 761, No. 2329. López de Zavalía: *Teoría de los contratos*, cit., T. II, p. 595. Cazeaux - Trigo Represas: *Der. de las oblig.*, cit., T. II, p. 790. No. 1189. Messineo: *Manual*, cit., T. IV, p. 193, No. 110. En un fallo judicial se resolvió: “Para juzgar la inexistencia del crédito cedido no es suficiente la simple declaración de la propia deudora cedida realizada a través de un informe en el proceso contra el cedente en el que no fue parte”, y además: “(...) esa declaración en el juicio contra la deudora haría cosa juzgada y aseguraría el triunfo en el promovido contra el cedente en su carácter de garante de la existencia de aquel crédito” (CNCiv. S: D, en L. L. 1997-F-64).

como que la existencia es lo mismo que la legitimidad. Pues lo que es contrario a la ley está fuera de la contratación y por ello el derecho adquiere el carácter de inexistente (44).

El razonamiento es muy ingenioso y atractivo, pero creo que no tiene asidero, pues los criterios de “existencia” y “legitimidad” no son identificables. El primero hace al propio ser es decir a su aspecto ontológico, mientras que el otro se vincula como algo que surge a la vida jurídica sin una causa de nulidad que lo aniquila para los efectos jurídicos consiguientes (45).

XIV. Las excepciones a la garantía de derecho

El artículo 1628 en su segunda parte, en situación similar a lo que disponía el artículo 1476, del Viejo Código, trae algunos supuestos en que no aparece aplicable la garantía de evicción. Y son: a) cuando se transmite un derecho “litigioso”; o b) el derecho fue cedido como “dudoso”; o —agrego— c) se trata de una transmisión gratuita (cesión donación), d) o se acordó un “pacto de exclusión”, y por último e) se demuestra la mala fe del cesionario. Los casos los amplió brevemente.

Derecho litigioso

Esta categoría de “derecho o crédito litigioso” trajo alguna dificultad interpretativa en el entendimiento de la normativa anterior. El nuevo Código ha despejado las dudas y ahora aparece expresamente la excepción en el texto del artículo 1628. De todos modos igualmente no existe un criterio uniforme para determinar su propio contenido.

Si nos preguntamos en que consiste la expresión “derecho litigioso”, surge inmediata la respuesta de que es aquel que está incluido en un proceso judicial contradictorio, donde se excluyen los de carácter voluntario como por ejemplo: las sucesiones. Sin embargo, autores relevantes como Machado, Llerena y Salas, siguiendo las ideas de Laurent, entienden que solamente tienen el carácter de “litigiosos” sólo aquellos que resultan “contestados”; o a más simple decir, los que resultan “controvertidos” o “discutidos”, por su existencia, procedencia, importe, etc. Desinteresando que estén o no en juicio o proceso judicial (46).

Otra idea considera que el “derecho litigioso” es aquel que está en un pleito sometido a la justicia y además se encuentra discutido o contradicho, desinteresando que el proceso sea contencioso o voluntario (47).

(44) Puig Brutau José (1982). *Fundamentos del derecho civil*. 2da. ed. Barcelona: Ed. Bosch, T. II, v. II, p. 234. Diez Picazo: *Fundamentos del der. civ. patrimonial*, T. II, p. 818. Panucci: “La cesión”, EN: *Enciclopedia del diritto*, T. IV, p. 847. Zacarías (1982). “La garantía dell esistenza del crédito”, EN: *Rev. de diritto civile*, 1982-I-340. François: *Des obligations*, cit., p. 31, No. 396, observa: “Quién vende un crédito u otro derecho incorporal debe garantizar su existencia al tiempo de la transferencia. Por otra parte el cedente garantiza de pleno derecho al cesionario que el crédito es virgen de todo vicio o causa de extinción”. Torrente - Schlesinger: *Manuale de diritto privato*, cit., p. 403, No. 248.

(45) Los conceptos de “existencia y legitimidad” del crédito fueron introducidos por García Goyena en el Proyecto de Código Civil español de 1851. Los reprodujo el Vélez Sarsfield en el Código Civil, y también están el Código Civil español vigente. Por su parte el “Code” civil francés (art. 1693) solo alude a la “existencia”, al igual que el “Codice” italiano de 1942 (art. 1266). Panuccio: *Cessione dei crediti*, EN: Enc. *Del diritto*, cit., T. IV, p. 845. Malaurie-Aynés: *Les obligations*, cit., p. 746, No. 1231. Starck - Roland - Boyer (1986). *Droit civil. Les obligations*. 2ème. Edit. Paris: Ed. Litec, T. II, p. 667, No. 1887.

(46) Machado: *Exp. y crítica...*, cit., T. IV, p. 165. Llerena: *Concordancias y comentarios*, cit., T. V, p. 179. Laurent P. (1887). *Principes de droit civil français*, 4ème. Edit. Bruxelles - Paris, T. XXIV, p. 68, No. 58. Planiol Marcel (1915). *Traité élémentaire de droit civil français*. Paris: Ed. L. G. D. J., T. II, p. 535, No. 1653, aclara que el “retrait litigieux” exige la existencia de una litis trabada en “proces engage”. Terré - Simler - Lequette: *Les obligations*, cit., p. 1082, No. 1199. En un fallo se sostuvo: “Constituye crédito litigioso en el término del art. 1455 del C. C. el que si bien fuera reconocido por sentencia firme en sede laboral se encuentra sujeto a verificación en el marco de una quiebra” (CNCom. S: B, en diario L. L. 20-XI-2000, fallo 101.210).

(47) Lopez de Zavalía: *Teoría de los cont.*, cit., T. II, p. 637, hace referencia a las razones históricas dadas por Vélez en la nota al art. 1446 y la vinculación con lo dispuesto en el art. 1174. De Gasperi - Morello: *Trat. Obligaciones*, cit., T. III, p. 762, Nota 12 a). S. C. Tucumán, EN: *L. L.* 14-691.

Y una última y tercera postura, entiende que solo tiene el carácter referido, cuando está discutido en juicio de tipo contencioso, y no en procesos voluntarios. Ese es mi punto de vista, ya que el verdadero sentido de “contencioso” hace al propio litigio que, sin bien en su sinonimia es “pelea o contienda”, en el lenguaje forense se lo utiliza para identificar a la controversia judicial contradictoria (48).

Derechos dudosos

La interpretación que exigían los textos de los artículos 1476 que refería al “crédito dudoso”, y el artículo 2161 que lo hacía a los “litigiosos o dudosos”, desaparece en el nuevo régimen que, pareciera que los separa y no los identifica. Considero que la solución legal aclara todo ello, y es posible afirmar que la cesión de un derecho que los contratantes cualifican como “dudoso” es suficiente para eximir al cedente de la garantía de derecho (49).

En la valorable opinión de Alfredo Colmo, y analizando el Viejo Código, los derechos litigiosos no son derechos dudosos, y ello porque se distingue debidamente al derecho al que se le otorgó esa cualidad negativa, de aquel sobre el que no ofrece incertidumbre pero se discute en juicio. Como señalé hace algunos años, el derecho cedido como “dudoso” resulta una especie de cláusula de beneficia a la situación del cedente y de ese modo evita las consecuencias subsiguientes, no importando un elemento del propio derecho. Seguramente ante esta transmisión a título oneroso, la contraprestación será menor ya que se limitan las garantías y ello da cierta aleatoriedad al contrato (50).

Si bien el artículo 1628 no lo dice en forma expresa, pero es evidente que esta condición que elimina la garantía de evicción, exige que el cedente sea de buena fe ya que una conducta dolosa o maliciosa lo obliga plenamente (51).

Cesión donación o gratuita

Cuando se trata de una cesión gratuita o cesión donación, el cedente no responde por la evicción. El artículo 1033 cuando determina quiénes responden por saneamiento (evicción y vicios rehdibitorios), en el inc. a) solo obliga a aquellos que transmiten derechos “a título oneroso”, por lo que quedan excluidas las transferencias a título gratuito (52).

Las excepciones a esta regla están dispuestas en el artículo 1556, y son los casos de: acuerdo asumiendo la garantía, la mala fe del donante o cuando él puso la causa (incs. b y c), en las donaciones mutuas, remuneratorias o con cargo.

(48) Arias (1944): “Cesión de derechos litigiosos”, EN: *J. A.* 1944-I-450. Salvat - Galli: *Trat., Oblig.*, cit., T. III, p. 699, No. 2322. Cazeaux-Trigo Represas: *Der. de las oblig.*, cit., T. II, p. 771, No. 1164. Compagnucci de Caso: *Cesión de créditos*, cit., p. 77, No. 64. Rezzónico: *Est. de los contratos*, cit., T. I, p. 555. Spota: *Inst. Contratos*, cit., T. IV, p. 299, entiende que “litigioso” es el crédito sometido a juicio donde existe contienda. CNFed. Civ. y Com., S: III, EN: *L. L.* 1997-A-352. *Cam. Civ. y Com.* Azul, EN: *L.L.B.A.* 1997-987.

(49) Leiva Fernandez: coment. al art. 1628, EN: Alterini (Dir.): *Cod. Civ. y Com. Comentado*, cit., T. VII, p. 882/ 883, sostiene: “En las cesiones que versen sobre derechos litigiosos o dudosos no se le podrá exigir al cedente dicha garantía (evicción) sobre la existencia y legitimidad del derecho —al tiempo de la cesión— más allá de tratarse de una cesión onerosa. Es que en esos subtipos de cesiones, el objeto que se cede no tiene la certidumbre necesaria como para que el cedente asegure al cesionario su existencia y legitimidad, al tratarse precisamente de un derecho litigioso o dudoso”.

(50) Colmo: *De las obligaciones en general*, cit., p. 729, No. 1082.

(51) Compagnucci de Caso: *Cesión de créditos*, cit. p. 124, No. 109.

(52) Salas A. E.: *Garantías contra la evicción, concepto y elementos*, EN: *J. A.* 1053-I-20. Calvo Costa Carlos: coment. a los arts. 2089 y ss., EN: Bueres - Highton: *Cód. civ. y leyes complementarias, comentado*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, T. IV-D, p. 618. Albaladejo Manuel - Díaz Alabart Silvia (2006). *La donación*. Madrid: Ed. Colegio de Registradores de la propiedad y Mercantiles, de España, p. 339, sobre la garantía de evicción en estos casos, afirman: Si el donante respondiese, no ya se habría desprendido de lo único que probablemente quiso desprenderse sino que tendría que dar algo que probablemente no quiso —el montante del saneamiento— puesto que su idea, sin duda, fue regalar solo aquello.

Pacto de exclusión de la garantía

Es esta una expresión del principio de autonomía privada donde se conviene que el cedente no responda ante la evicción. Es que, al igual que lo disponía el Código anterior (artículo 2098), el artículo 1036 permite aumentar la garantía, disminuirla, o bien “suprimirla”, esto último es lo que se concreta en el supuesto de referencia.

Como bien se ha explicado este deber a cargo de quién transmite a título oneroso, debe ser ubicada como “elemento natural del negocio”, que por ello acompañan al contrato y son inherentes al negocio, se encuentran sobreentendidos por la Ley, pero se pueden excluir en la actuación plena del principio de autonomía privada (53).

Es más, el nuevo Código permite expresamente que el transmitente no responda cuando en el contrato se indica, en una cláusula especial, que dispone que la enajenación se realiza a “riesgo del adquirente” (artículo 1040 inc. c).

XV. Mala fe del cesionario

La mala fe del cesionario que sabe y conoce de la ilegitimidad e inexistencia del derecho, le hace perder la garantía de evicción. Se indica bien que cuando el destinatario del objeto o del derecho tiene conocimiento de la existencia del vicio, o agrega la ley —pudo conocer dicha circunstancia— la garantía desaparece (artículo 1040 inc. a) (54).

El jurista español don Navarro Pérez sostiene una idea original sobre la situación del cesionario que está enterado de los defectos en el título o legitimación sustantiva del cedente. Dice lo siguiente: “Ante la postura que entiende que es suficiente que el cesionario haya conocido el carácter dudoso para excluir la garantía del cedente y la otra que exige que expresamente se haya indicado el carácter dudoso, la solución sería la siguiente: si el conocimiento del carácter dudoso surge del contrato mismo debe entenderse que el cesionario está de acuerdo en que es aleatoria y desaparece la responsabilidad del cedente; si el crédito es cedido sin alusión alguna y el cesionario tiene conocimiento extracontractual del carácter dudoso, no releva al cedente de responder”(55).

Sin perjuicio de reconocer la originalidad en el razonar, me permite no coincidir con esa solución. Por una parte, porque la ley no efectúa distingo alguno en cuanto al conocimiento que puede tener el cesionario, y además que lo se tiene en consideración para excluirlo de la garantía de derecho es que sabe del defecto (o debe saberlo), y lo acuerda igualmente la traslación del derecho. La Ley no puede premiar ni proteger la mala fe o los comportamientos negligentes.

XVI. La garantía de hecho (*bonitas nomini*)

La garantía de hecho se refiere al aseguramiento de la solvencia del deudor o de sus fiadores, todo lo cual hace a la bondad del derecho transmitido. Se trata de una cuestión fáctica que tiene una mayúscula importancia pues hace a la finalidad práctica del acto.

(53) Salvat-Acuña Anzorena: *Trat. Fuentes de las obligaciones*, cit., T. III, p. 393, No. 2241. Albaladejo M.: *El negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona p. 58, No. 53. Giorgi: *Teoría de las oblig.*, cit., T. VI, p. 165, No. 137. Castán: *Der. civil. Introducción y parte general*, cit., T. I, v. II, p. 623. Compagnucci de Caso R. H. (1992). *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Ed. Astrea, p. 107, No. 32. De Rugiero Roberto (1931). *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Ed. Reus, trad. De Santa Cruz Teijeiro y R. Serrano Suñer, T. I, p. 253. Betti (1959). *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Ed. R. D. P., trad. Martín Pérez, p. 384, No. 62. Malaurie - Aynés: *Les obligations*, cit., p. 746, No. 1231. Salvat-Acuña Anzorena: *Trat. Fuentes de las oblig.*, cit., T. III, p. 365, No. 2196.

(54) Pantaleón Prieto: *Cesión de créditos*, EN: A. D. C., cit., p. 1113. Zaccarias1 (1982). “*Cessione dei crédito*,” EN: *Rivista de diritto civile*, 1982-I-361. Badenes Gasset: *El contrato de compraventa*, cit., T. I, p. 579. Llerena: *Conc. y coment. al C. C. arg.*, cit., T. V, p. 496. Con relación a la evicción en la compraventa enseña Spota: *Inst. Contratos*, cit., T. IX, p. 15, No. 1856, “(...) así como no procede la dispensa del dolo al consagrar la obligación, no es admisible que se pacte la irresponsabilidad del transmitente en caso de evicción por la mala fe del enajenante”.

(55) Navarro Perez: *La cesión*, cit., p. 191, asimila correctamente, la misma excepción a la cláusula de renuncia a la evicción a la cesión hecha como “dudosa”.

La nueva ley en el artículo 1628, artículo que, por otra parte, tiene objetivo principal la garantía de evicción, en su párrafo final expresa: "(...) pero no garantiza la solvencia del deudor cedido ni de sus fiadores, excepto pacto en contrario o mala fe".

El Código anterior en el artículo 1476 disponía: "El cedente de buena fe (...) no responde de la solvencia del deudor cedido o de sus fiadores, a no ser que la insolvencia fuese anterior y pública". Con todo lo expuesto es simple observar que, si bien se debe garantizar la existencia y legitimidad del derecho, no la solvencia del deudor ni de quienes personalmente garantizan el cumplimiento (fiadores) (56).

Es que estas son circunstancias aleatorias o donde prevalece lo imprevisible, ya que se transmite el derecho pero no su cobertura; el cesionario debe analizar la situación económica del obligado, y sus fiadores, y de ese modo sabrá los riesgos que asume. A veces el precio o la contraprestación de la cesión tienen una incidencia directa en los elementos fácticos que rodean a éste tipo negocial. Como se ha bien indicado, el cedente garantiza la bondad del derecho, pero no su eficacia; como dicen algunos autores, su obligación se despliega al pasado, no al futuro (57).

Esta regla sufre dos excepciones: a) el acuerdo de las partes que obligue al cedente a garantizar la solvencia del deudor y sus fiadores; y b) la mala fe del transmitente.

En consideración al convenio no es mucho lo que se puede agregar, ya que es una especie de garantía que toma a su cargo el cedente, y por otra vez el principio de autonomía privada hace surgir una obligación (58).

La mala fe tenía en el Código derogado otra calificación. El artículo 1476 decía que cuando la insolvencia fuese anterior y pública, el cedente debe asumir la responsabilidad por la insolvencia del deudor cedido o de sus fiadores. Hoy la cuestión queda simplificada con la caracterización de la "mala fe" que, en definitiva y para el caso, consiste en que el transmitente sabía del estado de incapacidad económica anterior al acto (59).

(56) Rezzónico: *Estudio de los contratos*, cit., T. I, p. 675. Compagnucci de Caso: *Cesión de créditos*, cit., p. 132, No. 117. Salvat-Galli: *Trat. Obligaciones en general*, cit., T. III, p. 711, No. 2329. Puig Brutau: *Fundamentos del der. civil*, cit., T. II, v. II, p. 235. Borda: *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 431, No. 584.

(57) La fuente del artículo que tomara el Codificador fue la obra de García Goyena: Proyecto de Código civil español de 1851. La norma y principio se encuentra también en el Código civil francés (art. 1691), y en el Código civil español (art. 1529).

(58) Stark-Roland-Boyer: *Droit des obligations*, cit., T. II, p. 668, No. 1890. François: *Obligations*, cit., p. 315, No. 397. Navarro Pérez: *La cesión de créditos*, cit., p. 194. Borda: *Trat. Contratos*, cit., T. I, p. 433, No. 586. López de Zavalía: *Teoría de los cont.*, cit., T. IV, p. 662. Machado: *Expos. y coment.*, cit., T. IV, p. 215. Torrente - Chlesinger: *Manual de diritto privato*, cit., p. 408, No. 248, dicen: "Il cedente puo peralto con apposito patto garantire anche la solvenza del debitore". Cabrillac: *Des obligations*, cit., p. 315, No. 398.

(59) Colmo: *De las obligaciones en general*, cit., p. 747, No. 1092. Cazeaux-Trigo Represas: *Der. de las oblig.*, cit., T. II, p. 792, No. 1632. De Gasperi - Orello: *Trat. Obligaciones*, cit., T. III, p. 794, No. 1632. Machado: *Exp. y coment.*, cit., T. IV, p. 211.

La nueva teoría general de los títulos valores. Aproximaciones

POR ADALBERTO LUIS Busetto (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La circulación de los créditos conforme el derecho común y la circulación cambiaria de los títulos valores. — III. Diferencia entre autonomía y abstracción. — IV. Bibliografía.

I. Introducción

Con la denominación de Títulos Valores se regulan en el Capítulo 6º del Título V. Otras fuentes de las Obligaciones Libro Tercero Derechos Personales del Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.—, los conocidos Títulos de Crédito de la llamada Legislación Cambiaria, en un intento de incluir algunas especies para las cuales la palabra crédito no se ajustaba específicamente.

Ellos comprenden al universo de medios o instrumentos que el comercio utiliza para la circulación de las obligaciones que componen el entramado de los negocios e inversiones en el mercado nacional, hoy masificados y ya no reservados al comerciante o al profesional financiero o al empresariado corporativo, sino extendido al simple consumidor. Pero que en todo caso importan a la circulación de la riqueza.

La razón de la presente colaboración es aproximarnos a la flamante normativa, explicando su objetivo y delimitando su objeto sin adentrarnos en sus disposiciones particulares, tarea que insumiría considerable extensión.

Terminología

Una liminar apreciación del tema podría llevar al lector, a pensar que el tema terminológico reviste tal accesoria que desmerece su tratamiento. Pero a poco que se analice veremos que el primer paso de una teoría general es fijar el objeto de su aplicación metodológica.

Máxime en presencia de variados elementos e instrumentos mercantiles nacidos de la práctica comercial, moldeados al calor de los usos y costumbres de los profesionales del comercio, que abastecieron y abastecen las necesidades económicas de los individuos y los mercados.

La dogmática jurídica en cada país o doctrina elaborada en relación a los diferentes ordenamientos nacionales, como quiera llamársele a la labor de los juristas especializados, ha discurrido y polemizado sobre su denominación al tiempo de utilizar el método inductivo para comprender y explicar los rasgos comunes que exhibe el fenómeno de un documento con un derecho de tan singular valor como de tan singular transmisibilidad o negociación.

Método inductivo en cuanto los caracteres y principios que configuran la teoría general en cada ordenamiento, ya sea en lo doctrinario como en lo normativo, fueron extraídos de los diferentes tipos o especies ya existentes.

La clásica denominación de *títulos de crédito* acuñada por la dogmática italiana hacia finales del siglo XIX, antes aún de su recepción legislativa en el Codice Civile de 1942 y que inundó la doctrina vernácula y desde nuestras aulas universitarias campeó en las recopilaciones de jurisprudencia, recibió críticas desde importantes autores como los españoles Garrigues en primer término y Sanchez Calero (1) después por considerarla inconveniente al ser en exceso restringida.

(*) Prof. Ordinario Titular de Derecho Comercial II, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Ordinario Titular de Derecho Comercial I y II, UNNOBA. Prof. Adjunto de la Carrera de Especialización en Sindicatura Concursal, Universidad Notarial Argentina.

(1) Sánchez Calero Fernando (1999). *Instituciones de Derecho Mercantil*. Madrid: Ed. Mc. Graw Hill, p. 6.

El término “*crédito*” no resultaba aplicable a aquellos papeles o documentos que confirieran derechos corporativos, como el importante sector de las acciones de sociedades de capital, que pueden circular al portador y confieren derechos llamados “participativos” no específicamente de crédito, como son la intervención en las decisiones sociales o elección de autoridades para la gestión o el contralor de sus actos.

Tampoco la palabra “*título*” de la conocida alocución *Titoli di Credito* logró salvarse a la postre de los nuevos tiempos y de su impronta tecnológica y globalizadora. La imparable revolución informática, cuyos límites son desconocidos aún hizo incompatible la utilización del papel, que fuera desde los inicios de los instrumentos crediticios el soporte material que conformaba el título.

De tal suerte la desmaterialización de los cheques en primer lugar, como operatoria bancaria que eliminó en todo el mundo el engorroso traslado y archivo de estos papeles del comercio y en segundo término las anotaciones en cuenta de las transferencias de créditos emitidos en masa o en serie de los mercados de valores, fueron minando toda la teoría que en base a la circulación de una cosa mueble (papel) desprovista de valor intrínseco, constituyera esa interesante dogmática que en ríos de tinta pobló bibliotecas con originales trabajos de lúcidos juristas o de glosadores que recopilaron sus pensamientos, durante el siglo pasado. En este orden de ideas, se utilizó el término *derechos negociables* acercando más la denominación al contenido y abandonando el continente. Aunque cierto es, que la palabra *título* ha sobrevivido gracias a que la doctrina supo asignarle un significado más amplio que el de un instrumento en papel, como veremos.

En distinto andarivel a la noción unitaria de la doctrina italiana de los *Titoli di Credito* se encontraba la conocida bipartición francesa, señala Alegría (2) entre *effets de commerce* o papeles de comercio asimilables a los títulos individuales como la letra de cambio, el pagaré o el cheque y los *valeurs mobilières* o valores mobiliarios vinculados a los mercados públicos o bolsas signados por su fungibilidad o emisión en masa o en serie.

En el derecho alemán el término “*Wertpapier*” *título-valor* se remonta a la promulgación en Alemania del HGB en 1897 y a la obra de H. Brunner “*Die Werthpapiere*” (3), siendo utilizado luego sin mayores disensos por su dogmática, preocupada por construir una teoría general que no llega a cristalizarse normativamente.

El derecho español presenta tangencialmente introducida la expresión *título valor* en su legislación civil de Derecho Internacional Privado de 1889 señala De Eizaguirre. Ello así, sin perjuicio que importante doctrina se inclinara a llamarlos títulos de crédito (Rodrigo Uria, Agustín Vicente y Gella) aunque la influencia de Garrigues en su Curso de Derecho Mercantil de 1936 y más tarde la traducción del clásico manual alemán Hueck/Canaris impusiera el léxico de los *títulos valores* entre los jóvenes comercialistas que lo adoptan sin reparos (4).

La Unión Europea posteriormente con su aglutinadora fuerza económica no quedó ajena a la dispersión terminológica, que Alegría llama magmática por su arrolladora versatilidad, más preocupada en los mercados financieros internacionales y en conformar un moderno Derecho del mercado de valores (Mercado Único Europeo) aludió a los instrumentos financieros englobando en su delimitación a valores negociables (acciones de sociedades y sus certificados representativos, obligaciones de deuda titulizada, etc.), instrumentos del mercado monetario, participaciones de organismos de inversión colectiva, contratos de opciones, futuros, permutas (swaps) entre otros. Las normas comunitarias europeas a las que aludimos reflejadas originalmente en la Directiva 2004/39/CE, varias veces modificada y con sus adaptaciones a las legislaciones internas nos evidencian que España por ejemplo en su ley 47/2007 adopta el término instrumentos financieros género y delimita el de “*valores negociables*” a “cualquier

(2) Alegría Héctor (2012). Los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Año 2012-3. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni p. 293.

(3) García-Pita y Lastres José Luis (2006). *Derecho de Títulos Valores*. Parte General. Santiago de Compostela: Torculo edicions, p. 35.

(4) De Eizaguirre José María (2003). *Derecho de los Títulos Valores*. Madrid: Ed. Thomson-Civitas, p. 11 y ss.

derecho de contenido patrimonial que por su consideración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero”(5).

Otra expresión vinculada a la práctica de las finanzas es la de “*producto financiero*” utilizada en Italia comprensiva de los valores mobiliarios y también contratos que configuren una forma de inversión de naturaleza financiera.

En Latinoamérica es México el primer país que normativiza en 1932 los principios elaborados por Vivante llamándola Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Distintos países de América, influenciados por esta avanzada legislación dictan normas o incluyen codificaciones similares a la azteca, usando Brasil el termino Títulos de Crédito (6) y Nicaragua la Ley General de titulaos Valores en 1970.

Antecedentes nacionales

La doctrina nacional antes y después de la promulgación del decreto-ley N° 5. 965/63, ratificado por ley N° 16.478, que incorpora a nuestro ordenamiento la legislación Uniforme de Ginebra se inclinó decididamente por el giro *títulos de crédito*, habida cuenta la notable influencia de la dogmática italiana en nuestro derecho comercial. Así notables comercialistas como E. Williams, M. Yadarola, H. Camara, F. Orione, F. Quintana Ferreyra, F. Legon entre otros, que construyeron las bases del Derecho Cambiario Argentino siguieron la denominación de Messineo, Ascarelli, Ferri, Asquini, y más reciente de F. Galgano (7).

Influyó en ello también que la normativa española, que ha sido fuente de nuestro derecho mercantil en su Código de Comercio de 1885 no aludía con una denominación general a las especies de títulos como las acciones, las obligaciones, las letras de cambio (8), pero su doctrina en buena medida siguiendo al Codice Civile italiano y a la LGTOCMex de 1932, adoptó la denominación de Títulos de Crédito en un comienzo. Ello generó sin embargo opiniones no coincidentes que luego impusieron la alocución Títulos Valores comprensiva entre otros de los títulos de pago como el cheque. Es de señalar que la Ley de Mercados de Valores española de 1988, centrandó su objeto en los “valores” acuñaba la mención de “valores negociables”.

La versión *Títulos Circulatorios* (9) con que rotula Ignacio Winisky su magistral manual sobre la obra de Giuseppe Gualtieri, caló hondo en la doctrina nacional, sumando autores que partiendo del concepto de circulación del derecho, adhirieron a esa denominación (entre ellos Héctor Alegría (10), Celestino Araya).

En definitiva el Código Civil y Comercial de la Nación opta por la denominación TÍTULOS VALORES, en la idea que para el Derecho Privado la noción de “título” supera al documento material refiriéndose a la investidura sustancial para lograr la “titularidad” y el ejercicio de un derecho generado por un determinado acto jurídico, más allá de su instrumentación material (11) comprendiendo así enseña Héctor Alegría a los títulos valores no cartulares (12).

(5) Alegría Héctor (2001). “Desafíos actuales en materia de títulos valores y el Proyecto de Código Civil de 1998”, EN: Filippi Laura (Dir.) *Derechos Patrimoniales en homenaje al Profesor Emérito Dr. Efarin*. Buenos Aires: H. Richard, T. I. p. 307.

(6) Fran Martins (1989). *Títulos de Crédito*. Rio de Janeiro: Editora Forense.

(7) Galgano Francesco (2010). *Titoli di Credito*. 3ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, p. 1.

(8) García-Pita y Lastres José Luis ob. cit., p. 34.

(9) Gualtieri Giuseppe-Winizky Ignacio (1972). *Títulos Circulatorios*. Buenos Aires: Víctor de Zavalía Editor Buenos Aires.

(10) Alegría Héctor (1975). *El Aval*. Buenos Aires: Astrea, p. 1.

(11) Alegría Héctor (2008). *Los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*, p. 312 citando a Del Giudice Federicop, Nuovo Dizzionario Giuridico. Napoli: Ed. Simone, p. 1193.

(12) Nosotros pensamos que si bien resulta ajustado al derecho y a la lógica el razonamiento expuesto, sin contradecirlo se puede afirmar que el documento informático es una realidad, que existe, que es perceptible por los sentidos, que se puede archivar, que la tecnología tarde o temprano nos alcanzará para considerar tan título al instrumento papel como al informático (artículo 5, ley 26.831 de Mercado de Capitales de diciembre de 2012).

La noción de “valores” aparece más ajustada que la calificación de crédito cuya noción nos lleva a pensar en obligaciones dinerarias cuando si hablamos de “valores” extendemos el concepto a todo bien material o inmaterial susceptible de apreciación económica.

Digamos en último análisis que el término “títulos valores” no es extraño a nuestra legislación añeja dado que la ley de 17.811, Comisión Nacional de Valores, Oferta Pública de Títulos Valores de 1968 así los llamaba.

En nuestra legislación vigente tenemos ambos términos reflejados el de *Títulos valores* y el de *valores negociables* como sinónimos en una “definición” que consagra un variado elenco de instrumentos, como es el artículo 2° de la ley 26.831 Ley de Mercado de Capitales de diciembre de 2012 que dice:

“Valores negociables: Títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Asimismo, quedan comprendidos dentro de este concepto, los contratos de futuros, los contratos de opciones y los contratos de derivados en general que se registren en mercados autorizados, y los cheques de pago diferido, certificados de depósitos de plazo fijo admisibles, facturas de crédito, certificados de depósito y warrants, pagarés, letras de cambio y todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados”.

La Teoría General

La normativa del Capítulo conforma la introducción de una teoría general sobre instrumentos de crédito como la existente con diferentes regulaciones en los ordenamientos de Suiza, Italia, Inglaterra, México.

Entendemos por teoría (doctrina) general de los títulos valores a la exposición en forma sistemática de las propiedades jurídicas comunes a una serie de documentos distintos en alguna medida por su función económica o por la naturaleza del derecho que otorgan o por la determinación de su tenedor legítimo o titular, pero que exhiben como rasgo caracterizador común una especial conexión entre el derecho y el documento (13).

La teoría general es la manifestación, bien que doctrinaria o legislativa, de una disciplina especial propia aplicable a aquellos documentos en los cuales se evidencia el singular fenómeno de la incorporación del derecho al documento.

En su aplicación esta Teoría General permitirá cubrir las siguientes funciones:

- a. Definir el concepto de título valor.
- b. Generar principios básicos comunes entre los distintos títulos, favoreciendo la analogía iuris, como lo hace el artículo 1993 del Codice Civile italiano para las excepciones cambiarias.
- c. Permitir la atipicidad en los títulos valores como una categoría diferenciada. (De Eizaguirre).

Ordenamientos unitarios o sectoriales en el Derecho Comparado

La legislación comparada, a la que no podemos dejar de aludir al tratar los Títulos Valores, dado su categoría histórica de documentos o instrumentos mercantiles nacidos para circular o ser transmitidos de una plaza o mercado a otro sin respetar fronteras y sólo orientado por su función económica, muestra dos tipos de ordenamientos nacionales: de un lado aquellos países que regulan específicamente los

(13) De Eizaguirre José María (2003). *Derecho de los Títulos Valores*. Madrid: Thomson-Civitas, p. 7.

distintos tipos de instrumentos atendiendo a su finalidad dentro del comercio, como la letra de cambio o el vale o pagaré, o el conocimiento de embarque o el cheque; y del otro lado aquellos que contienen en su legislación un estatuto unitario compuesto por disposiciones generales aplicables a todos los títulos valores, sin perjuicio de disposiciones singulares sólo aplicables a determinadas especies de títulos.

La doctrina llama *ordenamientos sectoriales* a los primeros entre los que clasifica a Francia, Estados Unidos, España y *ordenamientos unitarios* a los segundos entre los cuales incluye a Italia, Suiza, México y a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al ordenamiento legal argentino.

Alemania. Cabe a este país la configuración de la primera doctrina general sobre los títulos valores. Aún la codificación de finales del siglo XIX, no termina con la dispersión normativa de los diferentes tipos de títulos valores que el comercio utiliza.

Se debe al genio de su dogmática científica, que cuenta a Heinrich Brunner como su primer expositor continuado por Jacobi y a finales del siglo XX por Canaris, la elaboración de principios doctrinarios generales para los caracteres de los títulos valores, fundando en la concepción de la apariencia jurídica los rasgos típicos del ordenamiento de los títulos valores.

De tal suerte, este ordenamiento reviste entre los ordenamientos sectoriales sin perjuicio de contar con el aporte de una doctrina sistematizada y por ende general, fuente de soluciones coherentes para la temática del Título Valor.

Italia. La mencionada dogmática alemana es desarrollada desde fines del siglo XIX por Cesare Vivante quien desde su “*Trattato di diritto commerciale*” expone la doctrina general de los titoli di credito con la atribución de los caracteres esenciales al documento y al derecho en su conocida definición.

El Codice Civile de 1942 (14) otorga a fuerza legislativa a la teoría general de Vivante, a quien permanece fiel la doctrina posterior, ingresando Italia entre los ordenamientos unitarios.

Francia. El ordenamiento prescinde de toda consideración general, continuando aferrada su doctrina a la clásica bipartición de títulos representativos de la riqueza mobiliaria o sea el ahorro público volcado por la sociedad a la producción, que son emitido en serie o en masa y que llaman valeurs mobilières por una parte y los librados a corto plazo entre los operadores económicos en el marco de sus negociaciones que denominan effets de commerce. Este ordenamiento es la muestra cabal de un sistema dual, y por lo tanto sectorial tanto en lo dogmático como en lo normativo (15).

Derecho norteamericano

Frente a la señalada bipartición francesa el Código de Comercio Uniforme —UCC— contiene una regulación completa de tres categorías documentales: a) los *commercial papers* o títulos de pago o cambiarios donde se regulan la letra de cambio (draft) el pagaré (note); b) los *documents of title* o títulos de tradición como contratos de transporte o depósito; c) los *investment securities* o valores mobiliarios. Siendo la característica de esta legislación la de conformar sistemas cerrados e incommunicados entre cada clase de títulos, cuya separación se vincula con su función económica. De donde su característica la ubica entre los sistemas sectoriales aunque de completa y depurada regulación para cada especie.

España. No ha contenido en su codificación de finales del siglo XIX, el Código de Comercio de 1885 más que una legislación sectorial destinada a la letra de cambio, vales o pagarés y cheques, sin bases para el armado de una teoría general a diferencia de lo que ocurriera en Alemania o Italia. De donde su clasificación no podría ser otra que ubicarse entre los ordenamientos sectoriales. Mas la prestigiosa doctrina que sin pausa ha dedicado sus estudios a los valores negociables y mercados financieros, cuenta con principios básicos unitarios en relación a los títulos valores, que de momento han servido

(14) Libro Cuarto “*Delle Obbligazioni*” Titolo Quinto (artículo 1992 e ss.) “*Dei Titoli di credito*”.

(15) Gavalda Christian-Stoufflet Jean (2009). *Instruments de paiement et de crédit*. Paris: Lexis Nexis.

para las reformas de 1985 a la Ley cambiaria y al cheque. Cabe señalar expresa De Eizaguirre que esta conciencia sobre la necesidad de una comprensión global sobre los títulos valores es tributaria de “una difícil simbiosis entre elementos de origen alemán y el predominio de la aportación italiana”(16).

El Código Civil y Comercial de la Nación

Adopta en las cuatro Secciones del Capítulo 6 Títulos Valores una concepción unitaria entre títulos valores cartulares y no cartulares, un mismo título puede tener una y otra manifestación, otorgándole sustento legal, con principios comunes que guían su creación, transmisión y sobre todo los derechos de los terceros.

Supera el sistema existente de doctrina que con método inductivo se había elaborado creando principios básicos emergentes de las normas especiales de los distintos títulos, pero que resultaban de insegura aplicación ante la ausencia de normas generales que los recogieran.

La incorporación de esta teoría general, era reclamada por la doctrina nacional (17) con palabras de Héctor Alegria “es bien diferente interpretar la ley sobre una base doctrinaria fundada por diversos autores al determinar principios elaborados por inducción que hacerlo reposando firmemente en principios legales explícitos”(18).

El citado autor puntualiza la ventaja de evitar repeticiones legislativas, servir de base integradora para los subsistemas que rigen cada una de las especies y brindar un fondo propio de interpretación que no deba recurrir a la analogía (19).

Encuentra (Proyecto de la Comisión Federal de 1993) además dos razones que la acogen favorablemente:

a. La recepción normativa del principio de la libertad de creación de nuevas clases de títulos (artículo 1820 C.C.C.N.).

b. La regulación de una nueva clase de títulos, los llamados títulos valores no cartulares, efecto de la desincorporación o desmaterialización de los documentos en papel (artículos 1850/51 C.C.C.N.).

Las normas generales serán de aplicación supletoria a las regulaciones especiales de cada título valor determinado (artículo 1834 C.C.C.N.), cuyas leyes continuarán rigiendo. Lo cual en alguna medida importa circunscribir su aplicación, no avanzando sobre determinados títulos valores, como la Letra de cambio, el pagaré y el cheque entre otros.

En una mirada liminar vemos que el Capítulo 6 ubicado sin mayor rigor metodológico entre las fuentes de la obligaciones, sucede al Capítulo sobre la Declaración Unilateral de la Voluntad, pues de tal fuente emanan los títulos valores.

En sus Disposiciones Generales y Secciones subsiguientes se comprenderán las dos grandes especies de títulos valores, los cartulares (de base papel) y a los no cartulares (de base informática) de fuerte predominio y utilización por el avance sostenido de la tecnología.

También se comprende aquellos títulos que el tráfico requiere sean emitidos como cartulares y mediante el proceso de desmaterialización o truncamiento pasen a subsistir como no cartulares.

(16) De Eizaguirre, ob. cit. p. 13.

(17) Morcecian, Rubén. “Los títulos de crédito en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, EN: *Las Reformas al Derecho Comercial en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires: Legis, p. 159.

(18) Alegria, Héctor. Ob. cit., p. 284.

(19) Alegria, Héctor. Ob. cit., p. 285.

Truncamiento necesario para evitar los problemas del archivo ante la expansión cuantitativa de operaciones negociales en un mundo signado por la explosión informática.

En el final se ocuparán las Disposiciones generales en establecer una pormenorizada regulación aplicable a los casos de sustracción, pérdida o destrucción de los títulos valores, que otorgue seguridad a la recuperación de la riqueza extraviada o desposeída, evitando nuevos fraudes y mayores perjuicios, pues la celeridad del comercio requiere, de certeza en la adquisición en protección del adquirente tercero de buena fe (Yadarola).

Ello se advierte en la forma meticulosa que se regulan los avatares que pueden afectar a los libros de Registro, dado que la práctica de los negocios que alimenta al Derecho Comercial nos muestra que la despapelización ha convertido a los títulos valores no cartulares en títulos de inscripción y sus titulares necesitan ahora de sus asientos tanto como el portador legitimado necesita del documento para poder ejercer el derecho incorporado.

Concepto de título valor

Se ha preferido no definir el instituto, como lo hiciera Vivante quien con breves términos estableció que se trataba del *documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo en él incorporado*, porque la nueva legislación abarcará también especies no cartulares, o sea emitidas sin soporte papel no ya de necesaria presentación para ejercer el derecho.

ARTÍCULO 1815. Concepto. Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816. Cuando en este Código se hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores”.

El título valor queda delineado por la mención de los caracteres que estructuran su esencia óptica al decir de Roberto H. Lavigne (20) parodiando a Husserl.

Siguiendo nosotros a Alegria podremos afirmar que en la actual etapa de desmaterialización de los títulos valores la ley opta por puntualizar los elementos genéricos de ambas especies de títulos valores. Construyendo así sobre la anterior Teoría General de los Títulos de Crédito, que no tuvo recepción legislativa, una nueva que los comprenda a ambos, los cartulares y los no cartulares, regulando luego los caracteres propios de cada especie.

Debe contener el documento una obligación incondicional e irrevocable que otorgue un derecho autónomo a obtener la prestación consignada en el mismo.

Se desprende del artículo que estamos frente a dos elementos:

- a. un documento que es una cosa y que puede ser como veremos adelante material (instrumento en papel) o inmaterial (documento digital o electrónico o informático),
- b. una obligación (crédito en su faz activa) de cumplir determinada prestación, con caracteres de incondicionalidad e irrevocabilidad que otorgue un derecho de circulación autónoma.

En tales condiciones estaremos frente a un título valor, cartular o no cartular, típico o atípico, causal o abstracto, en serie o individual, completo o incompleto.

(20) Lavigne Roberto Horacio (1999). “Consideraciones sobre el nuevo proyecto de la Legislación Civil y Comercial”, EN: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. Número especial 75°Aniversario, p. 145.

Empero, si faltare alguno de estos caracteres esenciales ya no habrá alcanzado el documento la categoría de Título Valor y no le será aplicable la normativa de esta Sección y de las leyes especiales, que excepcionan al derecho común en orden a su creación, emisión, circulación o realización.

El artículo utiliza el término figurativo de la *incorporación* acuñado por Savigny para referirse a la inescindible vinculación entre documento o instrumento y el derecho creditorio en la adquisición y circulación de este último. La figura era de fácil percepción en caso de los títulos valores cartulares, que fueron los únicos existentes en sus orígenes, pero también ahora se la puede utilizar con la aclaración de que sus caracteres y el derecho autónomo debe estar referenciado en el título valor no cartular o documento digital como lo llama el artículo 5 Ley de Mercado de Capitales 26.831.

Es requisito que la prestación emergente de la obligación no se encuentre sometida a *condición* alguna, que sujete su cumplimiento a un hecho futuro e incierto, condición fáctica que de no acaecer imposibilite el cumplimiento de la promesa. La incondicionalidad en la obligación hace a su causa fuente que es la unilateralidad, o sea *la declaración unilateral de la voluntad*, dado que la condicionalidad revela rasgos propios de fuente contractual. Lo cual no quiere decir que no exista plazo fijado para el cumplimiento de la obligación, demostrativo de la existencia de crédito en la relación.

El segundo carácter genérico y diferencial es la irrevocabilidad, lo que revela el carácter no recepticio de la obligación en sí misma. Nacido el título para circular, lo que hiciera proponer al italiano Gualtieri, como hemos señalado, la denominación de "*títulos circulatorios*," los títulos valores no tienen en cuenta a destinatario determinado que deba aceptarla. La obligación resulta válida y firme desde su incorporación o referencia en el documento, sin posibilidad que el creador pueda dar marcha atrás, una vez que el documento por su voluntad o no, deje de estar en su poder.

El derecho incorporado será un derecho autónomo, es decir provisto de circulación independiente de las diferentes relaciones que permitan la transferencia del mismo, como explicaremos en el artículo siguiente.

La aclaración relativa a no pertenecer los Títulos Valores a los bienes registrables, necesitados de asentimiento conyugal cuando fueren gananciales por el régimen patrimonial de comunidad del matrimonio (Libro Segundo, Título II, Capítulo 2 nuevo Código) se debe a que existen títulos valores, cartulares (caso de los nominativos) o no cartulares que deben acceder a su registración, tanto para su emisión como para su transferencia. Pudiendo catalogárselos como bienes registrables.

La ley los excluye tornando así innecesario dicho asentimiento por razones de seguridad en la circulación y para no trabararla con un requisito ajeno al comercio, no obstante lo cual deberá dejarse a salvo que las acciones nominativas no endosables y las acciones no cartulares solo accederán a estar exceptuadas del asentimiento si estuvieren autorizadas a cotizar por oferta pública conforme lo establece el artículo 470 inc. h).

Derecho autónomo incorporado

La concepción de un instrumento documental que permitiera una rápida y segura circulación de los créditos, ideada hacia finales del siglo XII por la categoría profesional de los comerciantes, se corona en su evolución hacia finales del siglo XIX con la influencia de la doctrina alemana al dotar al derecho transmitido de un carácter *autónomo*, diferenciándolo del derecho derivado de una transmisión conforme el derecho común. Es la objetivación del crédito que circula dentro del documento conforme la citada teoría de la incorporación.

ARTÍCULO 1816. Autonomía. El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores. A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

II. La circulación de los créditos conforme el derecho común y la circulación cambiaria de los títulos valores

La obligación creditoria importa una promesa de prestación cuyo contenido y dimensión depende de la causa que le ha dado origen, que puede ser un contrato, un acto ilícito, la responsabilidad civil extracontractual, etc. Esta relación, por naturaleza variable dado que se relaciona con acuerdos, condiciones, hechos y actos jurídicos, vincula al librador con el tomador o primer beneficiario, y antecede a la generación de la causa fuente del título valor que no es otra que la creación y entrega del documento en el caso de títulos valores cartulares o la inscripción del adquirente en el registro del emisor o la anotación en cuenta en el caso de los títulos valores no cartulares.

Pero cuando ese derecho creditorio es transmitido a un nuevo sujeto, el mismo se independiza de la relación que le dio origen. No se incorpora con idéntica variabilidad y lógica incerteza como se registraba en el patrimonio de su transmitente.

El crédito ha quedado objetivado en la exacta mención que formula el documento en el cual se encuentra escrito en su origen, sin que las relaciones personales existentes entre sus anteriores vinculados se transmitan, por ello la adquisición se dice será originaria (Messineo) y no derivada como sucede en el ámbito de la cesión de créditos del derecho común.

He aquí la fundamental diferencia con la circulación de los créditos existente en el plano del derecho común donde la transmisión de los créditos es alcanzada por la lógica limitación que imponía el artículo 3470 del Código Civil de Vélez, y hoy repite el artículo 399 del Nuevo Código al establecer: *Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas.*

Ancestral principio para la cesión de cualquier derecho que coloca al accipiens en el mismo lugar y grado que tuviera el tradens.

Razón y fundamento de este carácter diferencial de base legal, al decir de Yadarola se encuentra en los valores de certeza en el derecho y seguridad en la adquisición que requieren ofrezcan los títulos valores para su negociabilidad en el mercado. Difícilmente se los adquiriría con fluidez si dependiera su monto o dimensión de las situaciones subjetivas de sus anteriores titulares, que debieran ser reconstruidas para reconocer los derechos que otorgan.

Para lograr este objetivo en protección del adquirente de buena fe, la ley regula un especial régimen de excepciones de las que podrá valerse el requerido al pago cuando deba atender el derecho autónomo que se esgrima procesalmente en su contra, ellas se verán limitadas a las que tuviere contra el actor y no las personales que pudiere oponer a los anteriores transmitentes que serán, por ende, inoponibles.

Este sistema que llamamos de un efecto de “tercero valencia subjetiva”, no obstante, contendrá dos condiciones en el adquirente:

a. Buena fe. Que importa el desconocimiento de los vicios que pudieren desmerecer el crédito o que su actuación fuere a sabiendas en perjuicio del deudor demandado.

b. El cumplimiento de la ley de circulación especial que se establece en esta sección.

La buena fe aparece aquí en sus dos variables posibles sustentando el importante efecto de la autonomía en el derecho adquirido, como subjetiva en el desconocimiento de vicios o defectos en el derecho adquirido por su transmitente, y como objetiva en la imposibilidad de un obrar doloso en quien a sabiendas amparándose en las formas rigurosas de la circulación actuare en perjuicio del deudor demandado.

III. Diferencia entre autonomía y abstracción

La abstracción sustancial se relaciona con la vinculación que tuviere el título con la relación fundamental que le dio origen (un contrato, el cumplimiento de una obligación legal, etc.). El título valor

abstracto no la menciona por estar desvinculado de ella, de tal forma que resulta insensible e inmodificable por ella (21), y en el ejercicio del derecho no admite que se acuda a ella. Diferencialmente el título valor causal está vinculado a la causa o relación subyacente (artículo 1827) que le dio origen, la mencionan y tiene consecuencias jurídicas su causa con respecto al derecho que otorga el título, resultando oponible a quien pretenda ejercerlo.

En tanto, como dijimos *ut supra*, autonomía significa que no podrán ser tenidas en cuenta (vía excepciones) las relaciones personales que vinculen a obligados directos cuando el título hubiere circulado regularmente frente al tercero adquirente, aún en los títulos causales que dijimos, tienen vinculación con la causa fin que los originara.

IV. Bibliografía

ALEGRIA, Héctor (1975). *El Aval*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

— (2012). “Los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, EN: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Año 2012-3. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 312.

ASQUINI, Alberto (1966). *Titolo Di Credito*. Editorial Padova.

BELTRAN, Emilio (dir.) (aa. vv.) (2013). *Derecho Cambiari*. Valencia: Tirant o Blanch tratados.

BONFANTI, M. y GARRONE, J. (1976). *De los Títulos de Crédito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

BROSETA PONT, Manuel (1985). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos.

CÁMARA, Héctor (2005). *Letra de Cambio y Vale o Pagaré*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis.

FERRI, Giuseppe (1982). *Títulos de Crédito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

GALGANO, Francesco (2010). *Titoli di credito*. Bologna: Terza Edizione, Editorial Zanichelli Editore Bologna Il Italiano Roma.

GARCIA-PITA y LASTRES, José Luís (2006). *Derecho de Títulos-Valores*. Santiago de Compostela: Editorial Torculo Edicións.

GUALTIERI, Guiseppe y WINIZKY, Ignacio (1972). *Títulos Circulatorios*. Buenos Aires: Editorial Víctor P. de Zavalía.

LAVIGNE, Roberto Horacio (1999). “Consideraciones sobre el nuevo proyecto de la Legislación Civil y Comercial”, EN: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*. Número especial 75° Aniversario, p. 145.

— (2012). “Análisis de diversos aspectos del Anteproyecto de reformas del Código Civil y Comercial”, EN: *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, Ed. Especial, nov. p. 317 y ss.

LEGÓN, Fernando (2006). *Letra de Cambio y Pagaré*. 3ª Edición. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot.

MARÍN HITA, Luís y MORENO LISO, Lourdes (2006). *Manual Básico de la Letra de Cambio, El Cheque y El Pagaré*. 2ª ed. Editorial @becedario.

SPADA, Paolo (2012). *Introduzione al Diritto dei Titoli di Credito. Documenti circolanti, circolazione intermediata e password*. Torino: G. Giappichelli Editore.

(21) Ferri Giuseppe (1982). *Títulos de Crédito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 124 y ss.

Algunas notas sobre las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía

POR **MARÍA FLORENCIA FRANCHINI** (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Función de garantía de los bienes. Bienes excluidos. Protección de la vivienda. — III. Derechos reales de garantía. Disposiciones comunes. — IV. Conclusión. — V. Bibliografía.

I. Introducción

La protección del crédito se adquiere de manera genérica, en la medida que el patrimonio del deudor es la garantía común de los acreedores, y de manera concreta a través de garantías personales y reales en sus distintas modalidades. Abordaré algunas consideraciones vinculadas especialmente a las disposiciones comunes que el Código Civil y Comercial de la Nación trae para los derechos reales de garantía, dentro del amplio espectro de las garantías reales.

El Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 no se apartaron de la metodología del Código Civil, mientras que el Proyecto de la Comisión Federal de 1993, el Proyecto de 1998, el Anteproyecto de 2012 y finalmente el Código sancionado en 2014 optó por la sistematización de reglas abarcadoras de los distintos derechos reales de garantía para luego regular los rasgos distintivos de cada derecho real.

II. Función de garantía de los bienes. Bienes excluidos. Protección de la vivienda

El principio por el cual los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores no estaba explícitamente contemplado en el Código de Vélez, ni fue incorporado en leyes modificatorias, aunque surgía al armonizar las reglas que tutelaban el crédito, tales como los derogados artículo 505 (con relación a los derechos de los acreedores para reclamar el cumplimiento), 955 a 972 (que regulaban la simulación y la acción), 961 a 972 (acción revocatoria), etc.

El artículo 242 del Código Civil y Comercial (con fuente en el artículo 231 del Proyecto de 1998) bajo el nombre de “garantía común” dispone que “todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaren inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran”.

El principio se integra con el artículo 743 que dispone que “los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.

En consecuencia, como principio general, los bienes presentes y futuros del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, por lo que éstos, en pie de igualdad puedan exigir la venta de los mismos. Si bien se enseña que los acreedores tienen igual grado de preferencia, es decir que cobran en proporción al importe de sus acreencias (prorrata) (1), esto acaece cuando son “quiropgrafarios” y el activo no logra cubrir la totalidad de los créditos, sin perjuicio de otros acreedores que tienen preferencia o privilegio a quienes no les alcanza el principio indicado (2).

(*) Prof. Titular Ordinaria Derecho Civil IV, Prof. Adjunta Ordinaria Derecho Civil III, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP. Prof. Titular Ordinaria Derecho Privado IV, UNNOBA.

(1) Compagnucci de Caso, Rubén (2014). “Comentario al artículo 743”, EN: Rivera, Julio César en Rivera, Julio César y Medina, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. III, Buenos As: La Ley, p. 51.

(2) Molinario, Alberto (1941). *Los privilegios en el derecho civil argentino*. Buenos Aires: Abeledo, p. 33 y ss.

Empero, el criterio reconoce limitaciones y excepciones por cuanto el acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero “sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito”, aclaración que resulta más que evidente, excepto que se refiera puntualmente a la acción directa del artículo 736.

La posición igualitaria de los acreedores cede ante una causa legal de preferencia, como lo indica la prioridad prevista en el artículo 745 que dispone:

“El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida. Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores”.

Además existen bienes excluidos de la garantía por ser inembargables e inejecutables, como lo indica el artículo 744:

“Quedan excluidos de la garantía prevista en el artículo 743: a) las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente, y de sus hijos; b) los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor; c) los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación; d) los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado; e) los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales, que sólo pueden ejecutarse en los términos de los artículos 2144, 2157 y 2178; f) las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica; g) la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio; h) los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes”.

No puedo dejar de señalar que tras la enunciación del principio general del artículo 242, a partir del artículo 244 se sustituye el régimen del bien de familia que contemplaba la derogada ley 14.394, de cuyas notas características destaco la protección de los convivientes y de las personas incapaces o con capacidad restringida, las facultades judiciales, la subrogación real y la posibilidad de que sea constituido por titulares solteros sin hijos. Estimo que el instituto protectorio, al que podríamos llamar Vivienda Protegida, puede conservar el nombre que está arraigado en el seno de la sociedad, ya que la Constitución Nacional en el artículo 14 bis dispone expresamente la “defensa del bien de familia”.

La posibilidad que el constituyente viva sólo, sin grupo familiar, no obsta a esta conclusión en cuanto a la denominación. Se expidieron sobre el tema las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005), en la Comisión de Derechos Reales que trató la “Protección Jurídica de la Vivienda”, en sus conclusiones se estableció:

“*De lege data*: 1º) La persona humana como titular de la protección de la vivienda. La protección constitucional de la vivienda (artículo 14 bis de la Constitución Nacional; artículo 25, ap. 1º, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14, ap. 1º, del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (artículos 34 a 50) debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (artículo 75, inc. 22, CN)”.

III. Derechos reales de garantía. Disposiciones comunes

En el Proyecto de 1998 se define a los derechos reales de garantía en el artículo 2088 como aquellos que “sólo pueden constituirse por contrato formal, en seguridad de créditos, y que además de las facultades propias de los derechos reales, otorgan las de realizar los bienes y de percibir los créditos sobre su producido”. Si bien el Código Civil y Comercial no recepta la clara definición aportada por el Proyecto (ya que el artículo 2184 se limita a referir que “los derechos reales constituidos en garantía

de créditos se rigen por las disposiciones comunes de este Capítulo y por las normas especiales que corresponden a su tipo”), toma la metodología proyectada al aportar una parte general, que denomina “Disposiciones comunes”, para luego abordar en particular cada derecho real de garantía.

En los Fundamentos del Proyecto de 1998 se manifiesta la razón de la metodología adoptada:

“El breve tratamiento particular de cada uno (de los derechos reales de garantía), se sustenta en la existencia de disposiciones comunes, que traducen la unidad de fondo de todos ellos, sistematización global que omite Vélez Sarsfield, quien tampoco es explícito en indicar todos los rasgos básicos en la normativa especial de los distintos institutos”.

El anteproyecto que con algunas modificaciones se aprobara en 2014 conserva la metodología de 1998. Entre sus fundamentos expresa:

“los derechos de garantía están precedidos por disposiciones generales comunes a todos, lo cual luego torna en mínima la tipificación de cada uno de estos derechos. Éstas tocan la convencionalidad, la accesoriedad, la especialidad, la indivisibilidad, la oponibilidad e inoponibilidad, los créditos garantizables, la extensión del objeto, las facultades y responsabilidades del constituyente, la ejecución y la cancelación del gravamen. La más importante diferencia con el Código se refiere al monto del gravamen que debe incluir el monto garantizado por todo concepto o sea, capital, intereses y costas”.

Así adopta el mismo criterio de comprender en una parte general las disposiciones comunes a todos los derechos reales de garantía en el Capítulo 1 (artículos 2184 a 2204), para luego tratar en particular la hipoteca en el Capítulo 2 (artículos 2205 a 221), la anticresis en el Capítulo 3 (artículos 2212 a 2218) y la prenda sin y con registro en el Capítulo 4 (artículos 2219 a 2237).

a) Convencionalidad

El artículo 2185 establece que los derechos reales de garantía “sólo pueden ser constituidos por contrato, celebrado por los legitimados y con las formas que la ley indica para cada tipo”.

Como antecedente, el derogado artículo 3115 establecía: “No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este título”. La nota de tal artículo explicaba las razones de tal postura y precisaba que “quedan pues concluidas todas las hipotecas tácitas o legales”.

Además el artículo 4048 disponía que,

“Las garantías que las leyes anteriores a la publicación del Código, han dado a las mujeres casadas, en seguridad de sus dotes o de otra clase de bienes entregados a sus maridos, a los menores o incapaces sobre los bienes de sus tutores y curadores, a los hijos sobre los de sus padres, y los gravámenes impuestos a los administradores de fondos del Estado, son regidos por las nuevas leyes, con excepción de las prendas o hipotecas expresas que se hubiesen constituido, las cuales serán regidas por las leyes del tiempo en que se constituyeron”.

La nota al citado artículo resulta particularmente interesante, porque robustece la fuerza del principio al expresar:

“Nos ha hecho abolir todas las hipotecas tácitas, por el embarazo que ponen en la vida económica de los pueblos. (...) Se nos dirá que la hipoteca legal constituye también un derecho real sobre todos los bienes de los maridos, tutores o padres. La lógica del derecho lo exige así, desde que se creaban hipotecas sobre los bienes de esas personas; pero el tiempo, los inconvenientes que han presentado las hipotecas tácitas, han hecho que ese gravamen desaparezca, pasando los bienes a tercer poseedor, lo que demuestra que verdaderamente no hay constitución de derechos reales (...)”.

Y además, la nota aclara que precisamente por existir una convención, es que deben respetarse las prendas e hipotecas expresas, y aún las fianzas, porque las leyes “no pueden alterar los contratos y sus efectos que encuentren concluidos entre los interesados”.

La convención que servía de fuente al derecho real de hipoteca era formal (derogados artículos 3128, 3130, 3131 y 3133), ya que debía constituirse por escritura pública, y además, expresa, a diferencia de la constitución de prenda y de anticresis, en las cuales se admitía la expresión tácita de la voluntad.

La convencionalidad instaurada por Vélez Sarsfield, se mantiene en el Proyecto de 1936 (artículo 1716), en el Anteproyecto de 1954 (artículo 1717) y en el Proyecto de 1998 (artículo 2088).

Tal como se infiere del artículo 2185, la convencionalidad se extiende a todos los derechos reales de garantía, y en tal sentido se prohíben las constituciones legales y judiciales no sólo de la hipoteca, sino también de la prenda y anticresis tácita.

Para la validez de los actos constitutivos se requiere la capacidad y la legitimación. El primer requisito se rige por las reglas generales de la capacidad de derecho y de ejercicio que tratan los artículos 22 y 23 y las consecuencias de su carencia por las ineficacias contempladas en los artículos 390 a 392.

Por el contrario, la legitimación está tratada de manera particular para cada derecho real de garantía. Así, de conformidad al artículo 2206, pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie. Por el artículo 2213 pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo. Para la prenda, el artículo 2219 dispone que se constituya por el dueño o la totalidad de los copropietarios.

Destaco como nota, que a diferencia de lo que surgía del juego de los artículos 2504, 3270 y 3127, el artículo 1885 recepta el principio de convalidación, pero lo hace extensivo a todos los derechos reales, por lo que la hipoteca queda, con justicia, definitivamente incluida.

En cuanto a las condiciones de forma, el artículo 2208 requiere la escritura pública para la hipoteca mientras que el artículo 2219 dispone que la prenda deba formalizarse por instrumento público o privado. Si bien para la anticresis el Código no trae una disposición en cuanto a la forma, estimo que debe constituirse por escritura pública de acuerdo al artículo 1017 y para todos los casos, con los alcances del artículo 1018.

b) Accesoriedad

Dispone el artículo 2186 que los derechos reales de garantía “son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos. La extinción de la garantía por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito”.

De esta manera la hipoteca, la anticresis y la prenda dependen del derecho creditorio al que garantiza, o sea que su accesoriedad es en función de garantía (3).

No debe confundirse la noción de obligación accesoria, con la de accesorios de una obligación, toda vez que los derechos reales de garantía se encuentran vinculados a un derecho personal, pero no lo son, por cuanto instituyen garantías reales que existen a partir de un crédito que garantizan, y como vía de consecuencia se extinguen (salvo excepciones) con él. Se exteriorizan como derechos subordinados a un derecho creditorio cuya función es robustecer a ese derecho, al cual están indisolublemente unidos, por ser accesorios.

Como correlato de la accesoriedad, los derechos reales de garantía son intransmisibles sin el crédito. De allí, cuando se trasmite el crédito se transmite el derecho accesorio ya que junto al crédito, que

(3) Alterini, Jorge Horacio, Corna, Pablo María, Angelani, Elsa Beatriz y Vazquez, Gabriela Alejandra (2000). *La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra*, Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 2. Highton, Elena I. (1980). “Derechos reales”, Vol. 6. EN: *Derechos reales de garantía*. Buenos Aires: Ediciones Ariel, p. 31.

es el derecho principal, se trasladan todos los accesorios, sin perjuicio que las partes pueden limitar o restringir el alcance de la transmisión, tanto en cuanto al derecho principal, como en cuanto a sus accesorios (4).

c) Indivisibilidad

De acuerdo al artículo 2191:

“Los derechos reales de garantía son indivisibles. La indivisibilidad consiste en que cada uno de los bienes afectados a una deuda y cada parte de ellos, están afectados al pago de toda la deuda y de cada una de sus partes. El acreedor cuya garantía comprenda varios bienes puede perseguirlos a todos conjuntamente, o sólo a uno o algunos de ellos, con prescindencia de a quién pertenezca o de la existencia de otras garantías. Puede convenirse la divisibilidad de la garantía respecto del crédito y de los bienes afectados. También puede disponerla el juez fundadamente, a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés”.

Como lo explicaba el derogado artículo 3112, primer párrafo: “La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”.

Destaco una vez más una nota del Codificador, porque estoy convencida que la mayoría de las notas del Código Civil derogado se mantienen incólumes. Como lo señalaba, entonces, la nota al artículo 3112:

“la indivisibilidad de la hipoteca es pasiva y activamente. Tiene lugar pasivamente, por ejemplo, cuando el deudor deja dos herederos, y el uno paga la porción viril de la deuda, más por esto, la hipoteca no se habrá purgado por mitad. El acreedor conservará su hipoteca sobre todo el inmueble, y podrá hacerlo vender para pagarse de lo que aún se le deba. Activamente, si el acreedor tiene dos herederos, y el deudor paga al uno su porción viril, el otro conservará la totalidad del inmueble bajo la hipoteca originaria, la cual no sufre disminución alguna, porque se haya pagado una parte de la deuda”.

En la redacción originaria, los artículos que hacían referencia a la indivisibilidad, (en particular el 682, 3112, y 3188 para la hipoteca) imponían una estricta aplicación del principio, que debió ser morigerado por causar perjuicios tanto al deudor como al acreedor (5), al no poder liberar parte de la cosa (cuando su dimensión admitía, por ejemplo un loteo) o alguna de las cosas, cuando varias habían sido dadas en garantía.

El artículo 682 disponía que cuando las obligaciones divisibles o indivisibles, tuvieran por accesorio una prenda o hipoteca, “el acreedor no está obligado a devolver la prenda ni a alzar la hipoteca en todo o en parte, mientras el total de la deuda no fuere pagado” y el derogado artículo 3188 establecía que el codeudor o coheredero del deudor que hubiere pagado su cuota en la hipoteca, “no podrá exigir la cancelación de la hipoteca mientras la deuda no esté totalmente pagada” y que el coacreedor o coheredero del acreedor, a quien se hubiere pagado su cuota, “tampoco podrá hacer cancelar la hipoteca, mientras los otros coacreedores o coherederos, no sean enteramente pagados”.

La aplicación estricta del principio, en especial dos fallos plenarios en 1914 y 1933 (6), merecieron enérgicas críticas de la doctrina, lo que justificó la sanción de la ley 11.725 que modificó los artículos 682, 3112 y 3188, añadiéndose agregados a los referidos artículos, donde se mantenía la indivisibilidad, “salvo el caso de obligaciones divisibles garantidas con hipoteca en cuya ejecución los jueces declaren procedente la división del bien hipotecado para la enajenación, y la cancelación parcial de la hipoteca”

(4) Compagnucci de Caso, Rubén (2002). *Cesión de créditos*. Buenos Aires: La Ley, p. 114.

(5) Lafaille, Héctor - Alterini, Jorge (2010). *Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales*. 2ª ed. Actualizada y ampliada, Tomo IV. Buenos Aires: Editorial La Ley, p. 547.

(6) Highton, Elena I. (1980). *Derechos Reales*, Vol. 6, EN: *Derechos Reales de Garantía*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas ARIEL, p. 61.

(artículo 682). Se aclara que “en la ejecución de bienes hipotecados, cuando sea posible la división en lotes, o si la garantía comprende bienes separados, los jueces podrán ordenar la enajenación en lotes, y cancelación parcial de la hipoteca, siempre que de ello no se siga lesión al acreedor” (artículo 3112) y que “el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados” (artículo 3188).

Por último, la ley 17.711 modificó el artículo 3113. El mismo disponía que “el acreedor cuya hipoteca se extiende a varios inmuebles tiene derecho a elegir cualquiera de dichos inmuebles, para ser pagado con su valor de la totalidad de su crédito, aunque sobre él se hubiesen constituido posteriormente otras hipotecas”, y la dicha ley le incorporó: “ello no obstante, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados”.

La doctrina entendió que:

“La incorporación por la ley 17.711 al artículo 3113 del contenido conceptual del artículo 3114, cuando consagra la subsistencia de la indivisibilidad incluso si los inmuebles hipotecados están en el dominio de diferentes terceros poseedores, merece el reproche de volcar la misma casuística solución en dos preceptos inmediatamente sucesivos” (7).

Como se advierte, la reforma a los artículos señalados dilucidaba sólo circunstancias ligadas a la ejecución de los bienes prendados o hipotecados. Sin embargo, se entendió, que podían aplicarse analógicamente estos preceptos a los casos no contemplados, por cuanto los propósitos del legislador, “impedir extorsiones y beneficios inmorales” (8), los alcanzaban (9).

En el mismo sentido indicado, 2191 acoge la indivisibilidad, la cual trasciende la esencia de los derechos reales de garantía y se refugia en su naturaleza, y lo hace extensible a todos los derechos reales de garantía, por ubicarlo en las disposiciones comunes a todos ellos. Por ser un elemento natural, y no esencial, las partes pueden pactar la divisibilidad (10).

Como otra consecuencia del carácter natural de la indivisibilidad de la hipoteca es que en ausencia de acuerdo de partes, el tribunal tiene facultades para morigerar sus consecuencias. El artículo 2191 mantiene y amplía el criterio del derogado artículo 3112 cuando dispone que el juez puede disponer la divisibilidad “a solicitud de titular del bien, siempre que no se ocasione perjuicio al acreedor, o a petición de este último si hace a su propio interés”.

d) Especialidad y extensión en cuanto al objeto

De acuerdo al artículo 2188 “cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo”. Por su parte, el artículo 2192 aporta la extensión en cuanto al objeto y expresa que en la garantía

“quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas. Sin embargo, no están comprendidos en la garantía: a- los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual; b- los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas”.

(7) Alterini, Jorge Horacio, Corna, Pablo María, Angelani, Elsa Beatriz y Vazquez, Gabriela Alejandra (2000). *La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra*. Buenos Aires: La Ley, p. 6.

(8) Lafaille, Héctor - Alterini, Jorge (2010). *Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales*, 2º edición actualizada y ampliada, Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, p. 553.

(9) Cossari, Nelson G. A. (2003). “Hipoteca, indivisibilidad y abuso”, EN: *Revista Jurídica Zeus*, 11 de diciembre de Tomo 93.

(10) Cámara, Héctor (2008). *Prenda con registro o hipoteca mobiliaria*, Actualizada por Efraín Richard. Bs. As: Abeledo Perrot, pp. 175 y 176.

Como antecedente, el derogado artículo 3109 trataba la especialidad en cuanto al objeto: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas (...)”; mientras que el 3132 rechazaba “una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque”. Como corolario, de acuerdo al artículo 3131 inc. 3 el acto constitutivo, debía contener “la situación de la finca y sus linderos y si fuere rural, el distrito a que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre”.

Se advierte en el artículo 2188, la reafirmación de lo que estatuye el artículo 1883 en cuanto a que el objeto de los derechos reales puede consistir en cosas o en bienes (11).

Con respecto a la extensión en cuanto al objeto, vinculado puntualmente en los derechos reales que recaen sobre cosas, el artículo 2192 extiende la garantía: 1) a los accesorios físicamente unidos a la cosa (12) (definidos en el artículo 226 como “las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable”, que “forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario”; 2) a las mejoras, 3) a las rentas debidas.

e) Especialidad y extensión en cuanto al crédito

De acuerdo al artículo 2189:

“El monto de la garantía o gravamen debe estimarse en dinero. La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen. El crédito puede estar individualizado en todos los elementos desde el origen o puede nacer posteriormente; mas en todos los casos, el gravamen constituye el máximo de la garantía real por todo concepto, de modo que cualquier suma excedente es quirografaria, sea por capital, intereses, costas, multas, u otros conceptos.

El acto constitutivo debe prever el plazo al que la garantía se sujeta, que no puede exceder de diez años, contados desde ese acto. Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia”.

Se expresa con mayor precisión el recaudo de la especialidad en cuanto al crédito a que se referían los artículos 3109, 3131 y 3152 del derogado Código.

La especialidad en cuanto al crédito exige la individualización de éste en una suma cierta y determinada en dinero y requiere que la garantía hipotecaria alcance a créditos determinados (13). Tal determinación surge palmariamente del artículo 2187: “Se puede garantizar cualquier crédito, puro y simple, a plazo, condicional o eventual, de dar, hacer o no hacer. Al constituirse la garantía, el crédito debe individualizarse adecuadamente a través de los sujetos, el objeto y su causa, con las excepciones admitidas por la ley”.

Para cumplimentar el requisito de la especialidad en cuanto al crédito en el aspecto que atañe a la determinación de su monto, los alcances de la garantía hipotecaria deben traducirse en una suma determinada de dinero (14), aspecto que, aunque se vincule con el crédito, se refiere al elemento esencial de la especialidad y no al de la accesoriedad, aunque se pretenda innovar respecto de la concepción tradicional (15).

(11) Alterini, Jorge Horacio (2012). *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código*, Acad. Nac. de Derecho (setiembre), 04/09/2012, 1 - La Ley 2012-E, 898, AR/DOC/4622/2012.

(12) El Código Civil y Comercial suprime la categoría de inmuebles por accesión moral.

(13) Alterini, Jorge H., *La cláusula de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca*, E. D., t. 84, p. 799.

(14) Alterini, Jorge H., *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*. La Ley 1987-E, 873. Cita Online: AR/DOC/14800/2001.

(15) Alterini, Jorge Horacio (2010). EN: *Tratado de los derechos reales*, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley y Ediar, t. IV, núm. 1683 bis, p. 566.

Las operaciones en moneda extranjera, que habían encontrado su cauce a partir de la Ley de Convertibilidad, vuelve a oscurecerse con el texto del artículo 765 del Código Civil y Comercial de la Nación, redactado, con la modificaciones del Poder Ejecutivo, a la manera del artículo 617 de Vélez Sarsfield antes de su modificación por la ley 23.928.

Sin embargo, aunque con el artículo 765 se retroceda al texto originario del 617 del Código Civil (al disponer que “si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”), dicha circunstancia legislativa no ensombrece la sustentable doctrina y jurisprudencia que, no obstante el texto del artículo 617 antes de su modificación, ya sostenía que la contratación en moneda extranjera era viable en nuestro país (16).

A partir de la sanción del Código se admiten de manera definitiva las llamadas garantías “de máximo”, en las que puede existir una cierta indeterminación inicial en cuanto al crédito que aseguran, a su naturaleza, entidad o magnitud, como también su total ausencia al momento de la constitución del gravamen.

Cuando con hipoteca, anticresis o prenda se garantiza una obligación de dar sumas de dinero, resulta claro que el techo sea, precisamente, la suma garantizada. Pero cuando la obligación garantizada es de hacer o de no hacer, o de dar, pero no sumas de dinero, tal vez se visualiza mejor que este es un requisito distinto del crédito, es decir, este techo no lo da la obligación principal. Así, si se garantiza una obligación no dineraria es menester indicar que el gravamen importa para quien lo soporta una carga dineraria, que es lo que se denomina valor estimativo de la cobertura hipotecaria (17).

Conforme el artículo 2193:

“La garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento. Los intereses, daños y costas anteriores a la constitución de la garantía quedan comprendidos en su cobertura sólo en caso de haberse previsto y determinado expresamente en la convención”.

Debe distinguirse la extensión de la garantía en cuanto al crédito, del privilegio con el que cuenta su titular. De acuerdo al artículo 2582 “tienen privilegio especial sobre los bienes que en cada caso se indica: (...) e) los créditos garantizados con hipoteca, anticresis, prenda con o sin desplazamiento, warrant y los correspondientes a debentures y obligaciones negociables con garantía especial o flotante”. Pero el artículo 2583 establece los alcances de estos privilegios, por cuanto dispone que:

“Los privilegios especiales se extienden exclusivamente al capital del crédito, excepto en los siguientes casos: (...) b) los intereses correspondientes a los dos años anteriores a la ejecución y los que corran durante el juicio, correspondientes a los créditos mencionados en el inciso e) del artículo 2582; c) las costas correspondientes a los créditos enumerados en los incisos b) y e) del artículo 2582”.

Para los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos, conforme el artículo 2579.

f) Facultades del constituyente y del acreedor

Por el artículo 2195 el constituyente de la garantía “conserva todas las facultades inherentes a su derecho, pero no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía”. Si esto ocurre, “el

(16) Alterini, Jorge H. (1987). *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*. Buenos Aires: La Ley 1987-E, 873. Cita Online: AR/DOC/14800/2001.

(17) Alterini, Jorge H. (1983) “Hipoteca abiertas”. EN: Revista Notarial, Órganos del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 868, p. 605 y ss, con las erratas admitidas por el Director de la Revista e la Nota de Redacción incluida en el N° 872 (1984), p. 19. Alterini, Jorge Horacio (2010). EN: *Tratado de los derechos reales*, Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, t. IV, núm. 1683 quater, p. 570.

acreedor puede requerir la privación del plazo de la obligación, o bien puede estimar el valor de la disminución y exigir su depósito o que se otorgue otra garantía suficiente”.

Expresamente para la hipoteca, el derogado Código Civil disponía en el artículo 3157:

“El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad; pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningún acto de ‘desposesión’ (18) material o jurídica, que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado”.

Como correlato, el artículo 3158 autorizaba al acreedor a pedir medidas ante la disminución del valor de la cosa; el artículo 3159, a pedir la estimación de los deterioros si se hubieran consumado y a pedir el depósito o demandar suplemento de hipoteca; el artículo 3160 le concedía los mismos derechos cuando el propietario enajenara accesorios del inmueble; y para todos estos casos, el artículo 3161 lo autorizaba a privar al deudor del beneficio del término con el que contaba para el cumplimiento de la obligación.

El Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo la sistematización del Proyecto de 1998, concentra estas facultades y consecuencias en los artículos 2195 y 2196 y las generaliza a todos los derechos reales de garantía.

Sin perjuicio de que el principio general es que el propietario constituyente, sea o no el deudor del crédito garantizado, conserva todas las facultades del derecho real de dominio que ostenta, se advierten limitaciones en la segunda parte del artículo ya que el propietario “no puede realizar ningún acto que disminuya el valor de la garantía”.

En consecuencia, si el propietario constituyente realiza actos que disminuyan la garantía del acreedor, éste tiene derecho a asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes. Cuando la disminución en el valor de la cosa ya se hubiere producido, a tal punto que la misma ya no cubra el crédito garantizado, se faculta al acreedor a estimar el valor de la disminución y a exigir su depósito, o que se otorgue otra garantía suficiente.

g) Responsabilidad del propietario no deudor

Dispone el artículo 2199 que “el propietario no deudor, sea un tercero que constituye la garantía o quien adquiere el bien gravado, sin obligarse en forma expresa al pago del crédito asegurado, responde únicamente con el bien objeto del gravamen y hasta el máximo del gravamen”.

El artículo, al diseñar la responsabilidad del “propietario no deudor” permite distinguir el “propietario deudor” del “propietario no deudor”, culminando así con las imprecisiones terminológicas que traía el Código Civil al hablar del “tercer poseedor”(19), expresión que no era la adecuada, por cuanto quien adquiere una cosa gravada, no sólo es poseedor, sino que es propietario.

En tal sentido, es “propietario no deudor”, el tercero que garantiza una deuda ajena sin constituirse en deudor y quien adquiere el bien sin obligarse en forma expresa. En ambos supuestos responde con el objeto gravado, hasta el máximo del gravamen, y tiene derecho al remanente tras la ejecución de la garantía.

h) Extinción de los derechos reales de garantía

En virtud de que los derechos reales de hipoteca, anticresis y prenda son accesorios en función de garantía, la extinción de la deuda garantizada conlleva a su extinción, aunque no ocurre a la inversa, ya que existen causales propias de extinción de estos derechos reales que no afectan al crédito.

(18) Debíó decir “disposición”. En postura minoritaria, ver Molinario, Alberto D. (1965). *De las relaciones reales*. Buenos Aires: La Ley, p. 159.

(19) Alterini, Jorge Horacio (2010). EN: Tratado de los derechos reales, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: La Ley y Ediar, t. IV, núm. 1737 bis, p. 668.

La extinción por vía de consecuencia se vincula con los medios de extinción de las obligaciones en general a que se refieren los capítulos 4 y 5 del Libro Tercero. El capítulo 4 se refiere al pago, y el 5 a los otros modos de extinción: compensación, confusión, novación, dación en pago, renuncia y remisión e imposibilidad de cumplimiento.

El pago es definido en el artículo 865 como “el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación” que, al “satisfacer el interés del acreedor, extingue el crédito” y libera al deudor (artículo 880). Como resultado, el cumplimiento de la obligación extingue el crédito que el acreedor tenía a favor de su deudor, y por lo tanto, por el principio de accesoriedad (artículo 2186), como lo derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos.

En los supuestos de extinción por vía directa, se extinguen los derechos reales de garantía pero subsiste el crédito. En este sentido, señala el artículo 2186 que “la extinción de la garantía, por cualquier causa, incluida la renuncia, no afecta la existencia del crédito”.

Si bien hay otras causales, tales como el acuerdo común entre deudor y acreedor, la destrucción del objeto, la subasta, etc., me referiré en particular a la renuncia, por tener algunos matices especiales.

Al referirse a la renuncia, no se trata de la renuncia al crédito, sino de la renuncia al derecho real que lo garantiza.

En esencia, por el artículo 944 “toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la Ley cuando la renuncia no está prohibida y sólo afecta intereses privados”. Aunque por el artículo 949 “la renuncia no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público” considero que la renuncia a la hipoteca o a la anticresis debe constar en instrumento público ya que de acuerdo al artículo 1017 deben ser otorgados por escritura pública los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (inciso a).

La renuncia expresa sí es requerida para la prenda con registro, en punto a lo expresado en el artículo 30 de la ley 12.962 que requiere “documentos emanados del acreedor”, además, específicamente el artículo 954 dispone que,

“la restitución al deudor de la cosa dada en prenda causa sólo la remisión de la prenda, pero no la remisión de la deuda” mientras que para la anticresis, el artículo 2216, tras enumerar los deberes del acreedor anticresista establece que “el incumplimiento de estos deberes extingue la garantía y obliga al acreedor a restituir la cosa al titular actual legitimado”.

IV. Conclusión

He intentado aportar mis primeras reflexiones acerca de las disposiciones comunes a los derechos reales de garantía como homenaje a todos los hombres y mujeres que desde hace años trabajan sin apatías para modernizar y mejorar las instituciones civiles y comerciales.

V. Bibliografía

ALTERINI, Jorge H. (1983). “Hipoteca abiertas”, EN: *Revista Notarial*, Órgano del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 868 p. 605 y ss., con las erratas admitidas por el Director de la Revista e la Nota de Redacción incluida en el N° 872 (1984), p. 19.

— (1987). *Obligaciones en moneda extranjera y la hipoteca*. Buenos Aires: La Ley 1987-E, 873. Cita Online: AR/DOC/14800/2001.

— *La cláusula de estabilización y el principio de especialidad en la hipoteca*, E. D., t. 84, p. 799.

— (2010). EN: *Tratado de los derechos reales*, de Héctor Lafaille y Jorge Horacio Alterini, 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires: La Ley y Ediar, t. IV, núm. 1683 bis, p. 566.

— (2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. Acad. Nac. de Derecho (setiembre), 04/09/2012, 1 - La Ley 2012-E, 898, AR/DOC/4622/2012.

ALTERINI, Jorge Horacio; CORNA, Pablo María; ANGELANI, Elsa Beatriz y VAZQUEZ, Gabriela Alejandra (2000). "La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra". Buenos Aires: La Ley, p. 2.

CÁMARA, Héctor (2008). Prenda con registro o hipoteca mobiliaria, Actualizada por Efraín Richard. Buenos Aires. Abeledo Perrot, pp. 175 y 176.

COMPAGNUCCI De Caso, Rubén (2002). Cesión de créditos. Buenos Aires: La Ley, p. 114.

— (2014). "Comentario al artículo 743", EN: Rivera, Julio César y Medina, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T. III. Buenos Aires: La Ley, p. 51.

COSSARI, Nelson G. A. (2003). "Hipoteca, indivisibilidad y abuso", EN: Revista Jurídica Zeus, 11 de diciembre, Tomo 93.

HIGHTON, Elena I. (1980). "Derechos reales", Vol. 6. EN: Derechos reales de garantía. Buenos Aires: Ediciones Ariel, p. 31.

LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge (2010). Derecho Civil, Tratado de Derechos Reales. 2º ed. Actualizada y ampliada, Tomo IV. Buenos Aires: La Ley, p. 547.

MOLINARIO, Alberto (1941). Los privilegios en el derecho civil argentino. Buenos Aires: Abeledo, p. 33 y ss.

— (1965). De las relaciones reales. Buenos Aires: La Ley, p. 159.

La protección de las relaciones de poder y los vínculos entre el posesorio y el petitorio en el nuevo Código

POR JUAN JOSÉ GUARDIOLA (*)

Sumario: I. Introducción. — II. El régimen anterior. — III. La nueva regulación. — IV. Conclusión. — V. Bibliografía.

I. Introducción

Reiteradamente se ha dicho que toda la teoría posesoria es una Torre de Babel. Y ello se manifestaba con caracteres agudos en nuestro derecho en materia de su tutela (López de Zavalía, 1989). Siendo el propósito de este trabajo analizar los cambios operados con el Código Civil y Comercial de la Nación —C.C.C.N.— (ley 26.994) respecto al Código Civil de Vélez Sarsfield (ley 340) reformado por el decreto-ley 17.711, prescindiré de los antecedentes y la evolución histórica (en el derecho romano, canónico, francés y antigua legislación española) de los distintos medios protectores y de las fuentes seguidas, sin desconocer la utilidad que brindan para la mejor comprensión de la reglamentación derogada (1). Comenzaré por una breve síntesis sobre el panorama en la anterior legislación para luego abordar lo que ha se ha mantenido y las modificaciones introducidas en la defensa de lo acuñado por la doctrina como “relaciones reales” (hoy llamadas “relaciones de poder” además del supuesto del “servidor de la posesión”; artículos 1908 y 1911 C.C.C.N.) y en las relaciones entre las acciones posesorias y las petitorias o reales. Por último formularé la valoración que me merece en estos tópicos, la reforma que sin lugar a dudas ha sido muy profunda.

II. El régimen anterior

A. 1. En primer lugar figuraba la defensa extrajudicial o autotutela que consagraba el artículo 2470, en cuya nota se encuentra uno de los fundamentos de todos estos remedios expuesto por Savigny: “el respeto debido a la persona”, que amerita que reunidos determinados requisitos (es de orden excepcional), quien sea poseedor *latissimo sensu*, en el sentido de tener el corpus o relación de disponibilidad —“hecho de la posesión”— (por ello la doctrina casi unánime la extiende a toda clase de poseedor, tenedores y titulares incluso de una mera yuxtaposición o servidores de la posesión), proceda a su defensa privada o por propia autoridad, ya para mantenerse antes que la desposesión se consume como para recobrarla sin que medie intervalo de tiempo (Laquis, 1975).

Ciertas críticas provocó que se autorizara “en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde” con exceso a las exigencias de la legítima defensa en el régimen penal (Valdes y Orchansky, 1969). Entendiéndose que se aplica a los auxilios policiales, significa simplemente que es procedente cuando no es posible demorar el empleo de la fuerza, lo que no impone el deber de requerirlos o tolerar su inactividad para impedir el inquietamiento o la privación (López de Zavalía, 1989). La fuerza permitida es la “suficiente”, debiendo guardar proporcionalidad con el ataque conforme a las circunstancias de hecho. Éstas también inciden para establecer la reacción inmediata, ya que la

(*) Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Junín, Provincia de Buenos Aires. Asesor Académico del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires. Prof. Titular Ordinario de Derechos Reales e Intelectuales, UNLZ y UNNOBA.

(1) Remito para su estudio a las obras de Salvat (1951), Laquis (1975), Highton (1984) y Lafaille-Alterini (2011). No obstante resulta importante recordar, dada la variedad de fuentes de que se valió el codificador, que “en el derecho francés existen dos grados en la posesión: la anual y la no anual, cada una defendida por acciones distintas —la ‘complainte’ y la ‘reintegrande’ respectivamente— con requisitos y efectos también diferentes”, pero las normas referidas a la acción de despojo están tomadas del Esboco de Freitas (que elimina la distinción entre posesión anual y no anual) y del Código de Chile de Andrés Bello que conserva esa distinción (artículo 918) pero para la no anual otorga una protección de tipo policial que también da a los tenedores (artículo 928). Mariani de Vidal, 1970.

defensa debe producirse “*in congressu*, formando con el ataque una verdadera unidad de tiempo” (Lafaille, 1943: 295). El medio de ataque empleado que la legítima dio lugar a controversia: si bien la mayoría de los autores (2) lo restringe a los hechos de violencia (el artículo habla de “repulsar la fuerza” y como señalan Dassen y Vera Villalobos, 1962), la inmediatez excluye que pueda emplearse en desposiciones clandestinas (3) algunas opiniones lo extendieron al caso de intromisión clandestina (López de Zavala, 1989; Musto, 1981). Cabe destacar sin embargo que “cuando el ausente que vuelve encuentra al extraño que le impide entrar por la fuerza. Pero este es un supuesto de violencia y no de clandestinidad conforme al artículo 2455 y su nota” (Houghton, 1984: 222).

A. 2. I. En lo atinente a las acciones judiciales, antes de la reforma del decreto-ley 17.711 se sostuvieron diversas teorías en cuanto al número de las mismas: 1) la menos seguida que entendía que sólo había una acción para mantener y otra para recuperar, exigiendo ambas, con carácter relativo, la anualidad y la ausencia de vicios (artículos 2473/2481). Prescindía del claro texto del artículo 2490 que otorgaba la acción de despojo “aunque su posesión sea viciosa”. A esta línea adscribe el Anteproyecto Llamadas de 1954 (artículos 1464 y 1465) pero posibilita que “el tenedor que invoque la posesión de su autor, podrá ejercer las acciones posesorias, previa notificación que se hará al poseedor en la forma establecida en este Código. Este requisito no se exigirá cuando el demandado sea el poseedor”; 2) la que consideraba que además de las de manutención y de recobrar (artículo 2487), existía la de despojo que protegía también al tenedor y escapaba a las reglas de anualidad y ausencia de vicios. Dentro de esta corriente algunos —entre ellos Salvat, Lafaille— limitaban la procedencia de esta acción, de categoría llamada policial o señorial, al supuesto de desposesión violenta (4), mientras que otros la extendían a los supuestos de clandestinidad y abuso de confianza, por ejemplo Fornieles (1942) y Allende (1959), o prescindían directamente de la exigencia de una lesión calificada (5) (López de Zavala, 1989; Galiano, 1923: 153/4 explicaba que “nuestra acción de despojo (...) no sólo procede en los casos de sustracción de la posesión por violencia, clandestinidad o abuso de confianza sino también en todos los de desposesión arbitraria, pues como dice von Ihering, la noción de la *vis corporalis* vino a refundirse en la de *injusta possessio*”); 3) la que mantuvo la existencia de un doble juego de acciones (dos recuperatorias y dos de manutención) sujetas unas a las reglas de las acciones posesorias *stricto sensu* y exentas las otras de ellas (Alsina Atienza, 1965); 4) existía también un monismo inverso que consideraba que había una única acción para recobrar la posesión que era la de despojo y una sola para mantener, concedidas a toda clase de tenedores y poseedores (Dassen, 1956 y Vera Villalobos, 1962). Legón (1941), en una posición intermedia entre ésta y la primera interpretaba que la única acción posesoria (con los recaudos de tales) era para mantener y no para retomar. Con esta última finalidad estaba la acción de despojo que no es posesoria sino que se da ante supuestos de violencia para todo poseedor y tenedor. 5) En ese laberinto se sumaba que algunos afirmaban que la obra nueva, regulada por los artículos 2498 y 2499 según fuese realizada o en terrenos

(2) También la SCBA 18/8/1969 La Ley 138-919.

(3) El Código Civil de Perú de 1984 cuyo artículo 920 era de contenido similar al nuestro (“El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias”) fue modificado por el artículo 67 de la Ley N° 30.230, del 12/7/2014, dándole un contenido cuya simple lectura permite advertir un notorio exceso en la autodefensa, fuera de los extremos que razonablemente la justifican. Así pasó a decir: “El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez años. La Policía Nacional del Perú así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad. En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código”.

(4) El artículo 669 del Código Civil uruguayo circunscribe el despojo al caso de violencia, fijando un plazo de prescripción más breve (6 meses) que para las posesorias (anual).

(5) Por el concepto amplio de despojo me expedí en autos “Calisti, Marcos Antonio c/Peña, Luciana Beatriz s/Acción de restitución” CCCN. Junín 622 RSD-36-53 S 06/03/2012 (Por mayoría) Juba B1600498 y LLBA 2012 306-311.

del afectado accionante, daba lugar a acciones autónomas distintas, no modalidades, de la de recobrar y mantener (Salvat, 1951; Reimundin, 1973 y 1974; Legón, 1941; entre otros).

Para hacer más complejo aún el panorama, muchas legislaciones locales regulan ciertos remedios llamados interdictos. Ellos fueron introducidos en el antiguo Código de Procedimientos nacional reproduciendo con pocas variantes el Proyecto Domínguez para la Provincia de Buenos Aires, redactado en 1868, es decir con anterioridad a la sanción del Código Civil —CC—. Ello dio lugar a otra división que se superponía con las anteriores corrientes que juzgaba una que no existen otros remedios que las acciones reguladas en el Código Civil, por lo que los interdictos procesales no pueden ser otra cosa que la regulación procesal de las acciones posesorias y en cuanto las contradicen son inconstitucionales (Benedetti, 1978; López de Zavalía, 1989) y otra que, con fundamento en los distintos requisitos que procesalmente se imponen, en el desdoblamiento entre acciones e interdictos que existió a partir de la Edad Media, en que técnicamente la tenencia es ajena a las acciones posesorias y en el hecho de que se contempló uno para adquirir que demuestra su criterio extraño a la protección del Código Civil, pregonó su autonomía, aunque para algunos (vgr. Castro citado en Houghton, 1984) elegida una u otra vía se agotaba la contienda posesoria y solamente quedaba al interesado la acción real.

La reforma parcial de 1968 dio solución positiva a algunos aspectos de la protección posesoria y ensanchó la defensa de la tenencia. Sin embargo dejó subsistente muchas de las oscuridades anteriores.

De ello dan cuenta los despachos que se produjeron en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969):

Despacho de mayoría:

El Cuarto Congreso nacional de Derecho Civil recomienda:

1°) Establecer que la reforma no ha logrado superar, como hubiera sido de desear, las grandes diferencia de interpretación que dieron lugar las normas anteriores.

2°) Que una futura reforma deberá receptar las grandes elaboraciones doctrinarias sobre la materia procurando adecuar estas defensas a las especiales características nacionales y a nuestra tradición jurídica, con la debida consulta de los organismos especializados del país.

3°) Interpretar el texto vigente de conformidad a las siguientes bases:

a) La reforma regla dos tipos de acciones: una en defensa de cualquier forma de poder efectivo; otras de la posesión e institutos a ella asimilados;

b) Los códigos procesales deben adecuarse a las normas sustantivas en vigencia;

c) La acción del 2° párrafo del art. 2499 rebasa en parte el ámbito de la posesión.

Despacho de minoría:

El Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil recomienda:

1°) declarar que las normas referentes a la defensa posesoria contenidas en la ley de reformas 17.711 carecen de ordenación lógica y de unidad doctrinal, acentuando las serias dificultades interpretativas del título III del libro 3° del Código Civil.

En consecuencia, se propone que en una reforma se sustituya totalmente el mencionado título teniendo en cuenta las ponencias presentadas ante este Congreso y los valiosos aportes de la doctrina nacional.

En apretada síntesis, las modificaciones que introdujo el decreto-ley 17.711, texto según decreto-ley 17.940, consistieron en:

a. Con la supresión de la palabra inmuebles en el artículo 2487 y el texto del artículo 2488 se otorgaron acciones posesorias (6) respecto a las cosas muebles para defenderse contra la turbación y el despojo;

(6) Negadas por Vélez según explica en la nota al artículo 2488 por la regla “posesión vale título”; aunque ello no es del todo exacto ya que para que opere el artículo 24512 CC deben verificarse además determinados recau-

pero en este último supuesto se paralizaría frente a un tercero (sucesor singular) de buena fe, si la cosa no fuese robada ni perdida (procediendo en caso contrario). Es decir contempla el caso de adquisición de buena fe por parte del tercero que la recibe de quien desposeyó interviniendo su título y a través del abuso de confianza. Se correlaciona con el artículo 2491 también reformado que concede la acción de despojo incluso “contra los sucesores particulares de mala fe”. No se exige una adquisición a título oneroso con lo cual se mantiene la diferencia entre el posesorio y las acciones reales —artículos 2767 y 2778— en cuanto a las cosas muebles (Llambías-Alterini, 1993).

b. En el artículo 2469 se incorpora a la “posesión cualquiera sea su naturaleza” la tenencia, como situaciones que no pueden ser turbadas y dan lugar en su caso a una acción que “tramitará sumariamente”. Es decir materializa la acción policial de manutención a que hacía referencia la tesis de Alsina Atienza. Mantuvo inconvenientemente el vocablo “arbitrariamente” que puede erróneamente hacer pensar que existe una turbación legítima o autorizada (al margen de que pudiera producir determinadas consecuencias, artículos 2456 y 3984). A lo que se refiere es a “por mano propia” (Mariani de Vidal, 1993).

c. La modificación de los artículos 2490/2491 y 2487 deja subsistente las distintas interpretaciones sobre la unidad o pluralidad de acciones para la desposesión. Tampoco con la reforma en la acción de despojo se aclara el alcance o supuestos del término. Acogiendo la tesis amplia en cuanto a la legitimación activa dispone que corresponde “a todo poseedor o tenedor, aun vicioso”. Con la sola excepción de López de Zavalía (1989: 448) la doctrina entiende que viciosa califica a la posesión ya que no existe la categoría de tenedor vicioso.

Se excluye de su protección siguiendo el criterio de las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes 1965), a quien no es tenedor autónomo, esto es al tenedor desinteresado (“tenedor en interés ajeno”) con el alcance de quien no puede usar de la cosa (artículo 2462 inc. 2 vgr. depositarios; ver Llambías y Alterini (1993: 212/213) y Mariani de Vidal (1993:181) y los casos de simple yuxtaposición (Molinario, 1965) comprensivos de los supuestos de “servidores de la posesión” (se los limite a los casos de dependencia que tienen la detentación de la cosa por razones de servicio, constreñidos por un deber de obediencia o ampliado el supuesto a las relaciones de hospedaje u hospitalidad que expresamente enumera). Mariani de Vidal (1970), sostiene que el último apartado del artículo 2490 es aplicable sólo en las relaciones entre el detentador con un tercero, pero no con el principal. Borda (1971), rebate a mi modo de ver acertadamente esa opinión: lo que precisamente se procuró evitar es que en tales casos la recuperación de la cosa entregada (vgr. habitación) se dilate injustificadamente por medio de esta defensa.

En lo que hace a la legitimación pasiva, el artículo 2491 pasó a enumerar no solo al despojante y sus sucesores universales y a los cómplices, es decir los copartícipes o coautores de la desposesión, sino que también puede exigirse el reintegro “contra los sucesores particulares de mala fe”. Con esto último se amplían los efectos reipersecutorios ya que conforme a Vélez solo podía intentarse contra quienes sabiendo el despojo obtenían el inmueble directamente del despojante. No la concede en cambio contra los sucesores particulares de buena fe, a diferencia del Anteproyecto Bibiloni que sí lo hacía al dar una sola defensa para la desposesión. Con la solución adoptada se viene a dar sustento a la interpretación de la doble vía, en tanto el alcance mayor con efectos reales resulta un beneficio reservado a la acción que para ser intentada requiere una posesión calificada (7).

d. Agrega en un segundo párrafo al artículo 2499 la denuncia de daño temido, cuya fuente inmediata es el artículo 1172 del Código italiano de 1942, y que entre sus antecedentes cuenta con la *cautiodamniinfecti* (Digesto 39,2), la Partida Tercera (Título XXXII, Ley X) y la ley 50 de interdicto de obra vieja, pero que Vélez desterró con el artículo 1132 y su disvaliosa nota. Al no derogar este artículo se produce-

dos. Con la modificación se vuelve a la tendencia romanista que para los muebles aplicaba el interdicto utrubi (Institutas IV, 149).

(7) Musto (2000: 318 y 321) considera en cambio que los efectos reipersecutorios del artículo 2491 están referidos a la acción posesoria de recuperar y no a la policial de recobrar o despojo.

ron desarmonías particularmente a lo que hace a la última parte del mismo que impide al propietario contiguo a un edificio ruinoso exigirle al vecino “que repare o haga demoler el edificio”.

Pese a su ubicación, su caracterización (se entienda de rasgos básicamente cautelares, de naturaleza preventiva o como proceso urgente, no cautelar, al estilo de una acción inhibitoria según sostenía Andorno, 1995) y la amplia legitimación activa que admite (“quien tema un daño (...) a sus bienes”), hacen que desborde el ámbito de las acciones posesorias.

A. 2. II. A la luz de tales reformas terminó preponderando la tesis dualista según la cual cada ataque (desposesión lato sensu y turbación) da lugar a dos baterías de acciones (policiales y posesorias stricto sensu). Por un lado se encuentran los poseedores simples y tenedores amparados por los artículos 2469 y 2490, cuyo fundamento de protección radicaría en la interdicción de la violencia, la justicia por mano propia (Savigny) y por el otro los poseedores calificados, que cumplen el requisito de anualidad y ausencia de vicios, cuya protección se basa en la complementación necesaria de la protección de la propiedad frente a los ataques o avanzada que recibe en su exterioridad (Ihering), tal como recuerda Vélez al decir en la nota al artículo 2473:

“La ley, dice Troplong, ve un cierto número de hechos de goces públicos, no interrumpidos y pacíficos, ella los ve continuar durante un año; y de estos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejerce es propietario. Asimilado el poseedor anual al propietario quiere que no sea turbado hasta que se prueba que el poseedor no es propietario”.

Al respecto reflexionaba Allende (1959:60):

“Este plazo de un año, desconocido en el Derecho romano (...) ha sido establecido para defender la posesión que tenga las características de una cierta estabilidad.

(...) si esta ‘posesión anual’ ocupa en nuestra ley una jerarquía superior a la posesión ‘no anual’ es evidente que necesita una defensa distinta y de rango superior a la segunda”(8).

De tales diferencias y de los aspectos reseñados dieron cuenta las Conclusiones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 2011), Comisión n° 5:

I. REMEDIOS POSESORIOS JUDICIALES (Unanimidad)

De lege data

1. - Fundamento. La tutela judicial prevista por el Código Civil (Libro Tercero, Título 3°) se fundamenta en el resguardo del Estado de Derecho y la paz social.

2. - Régimen. El Código Civil Argentino, en su Libro Tercero, Título 3°, contempla cuatro acciones distribuidas en un doble juego: a) Las posesorias propiamente dichas de mantener y recobrar (artículos 2487 y 2495 . C) y b) La innominada de mantener y la policial de despojo (artículos 2469 y 2490 CC).

3. -Turbación. Se entiende por turbación todo ataque que produzca un menoscabo en el sentido del artículo 2496 del CC. Cuando la lesión no tenga por finalidad adquirir la posesión no son procedentes las acciones del Título 3° del Libro Tercero del Código Civil.

4. - Desposesión. Se entiende por desposesión la privación absoluta, total o parcial, de la posesión o la tenencia, cualquiera sea el modo empleado para concretarla.

5. - Interdictos procesales. Las legislaciones procesales que se apartan de los requisitos sustanciales que prevé el Código Civil con respecto a las acciones policiales son inconstitucionales por vulnerar el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

(8) Similar recepción de la anualidad de la posesión relativa al anterior poseedor consagra el artículo 663 del Código Civil uruguayo.

6. - Alcances del artículo 2468 CC. El artículo 2468 del Código Civil no resulta una vía específica de adquisición de la posesión.

7. - Cosa juzgada. Los hechos juzgados en el juicio posesorio, se trate de una acción policial o de una acción posesoria propiamente dicha, relativos a la existencia o no de la posesión o la tenencia, del ataque inferido y de la fecha en que se produjo, hacen cosa juzgada material.

8. - Interdicto de adquirir. El interdicto de adquirir legislado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es de imposible aplicación práctica, reproche que alcanza a las legislaciones locales que lo regulan de igual manera.

9. - Artículo 2499 segundo párrafo CC. Se ratifica la declaración del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969) en el sentido que: "La acción del 2° párrafo del artículo 2499 rebasa en parte el ámbito de la posesión". Este remedio constituye una acción con finalidad preventiva del daño. Las normas procesales que desplazan la intervención jurisdiccional ante la actuación de la autoridad administrativa son inconstitucionales (artículos 43 y 75 inciso 12 CN).

10. - Contradicción entre los artículos 1132 y 2499 segundo párrafo del Código Civil.

Frente a la contradicción existente entre el artículo 1132 y el 2499 segundo párrafo del Código Civil prevalece este último.

De lege ferenda

1. - El régimen de la defensa judicial previsto en el Libro Tercero, Título 3° del Código Civil debe simplificarse dejándose un solo juego de acciones de manutención y de recupero a la manera del Proyecto de Código Civil de 1998.

2. - La legitimación activa de tales acciones debe ser amplia, comprendiéndose tanto a la posesión como a la tenencia.

3. - Deben derogarse los regímenes locales de interdictos posesorios en cuanto signifiquen la superposición o creación de nuevas acciones al margen de lo previsto en el Código Civil.

4. - Para dar seguridad a la norma de fondo, el Código Civil debe prever que las acciones tramiten por el proceso de conocimiento más abreviado existente en la ley procesal local.

Respecto a la relación acciones posesorias (en sentido amplio) e interdictos, poco tiempo antes de la reforma de la ley 17.711 se sancionó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ley 17.454 (septiembre de 1967), luego adoptado por muchas provincias, que reglamentó cuatro interdictos: de adquirir, de retener, de recobrar y de obra nueva. La mayoría de la doctrina (así Houghton, 1984; Papaño, 2004; Areán, 2008; Borda, 1972, aunque dice que la acción de despojo casi se identifica con los interdictos) entendió, con fundamento incluso en esa circunstancia temporal, que ha venido a triunfar también en esta relación civil-procesal la tesis dualista, es decir que son acciones y remedios distintos.

En la vereda opuesta (Adrogué 1970; Fazio de Bello, 1982; Mariani de Vidal, 1993; Morello, 1995; Padilla y Hernández, 2013; diciendo que con las acciones policiales no es necesario recurrir al polémico concepto del "interdicto", entre otros) se interpretó que más allá de desprolijidades e intenciones del reformador, una vez modificado el Código Civil, las normas del Código Procesal vinieron a convertirse en la regulación de las acciones policiales de los artículos 2469 y 2490, y de la obra nueva de los artículos 2498/2499 CC. Por su parte el interdicto de adquirir (artículos 607/609 CPCN), independientemente de su inviabilidad fáctica, puede ser una de las "vías legales" del artículo 2468. La reforma de la ley 22.434 al incorporar los artículos 623 bis y ter, por su parte, regula la acción del artículo 2499 segundo párrafo. Muchas de las diferencias que se puntualizan tienen que ver con las acciones posesorias propiamente dichas, no con las policiales. Así por ejemplo 1) la caducidad anual prevista para los interdictos se compadece con la establecida por el artículo 2493 CC, aunque ese plazo sea de prescripción (artículo 4038 CC) pero para las

posesorias en sentido estricto; 2) que el interdicto de recobrar aluda a tenedor entre los legitimados activos, sin salvedades no impide su armonización con la parte final del artículo 2490 CC; 3) los beneficiarios del despojo como legitimados pasivos en el interdicto de recobrar son los sucesores singulares de mala fe del artículo 2491; 4) que el artículo 2469 diga “sumariamente” (al igual que el no reformado artículo 2501) no significa que el término esté empleado técnicamente en el sentido específico con que lo reglamentan las leyes procesales, sino que deberán ser de trámite rápido (así por ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe ley N° 5531 establece en su artículo 534, que seguirá el procedimiento del juicio oral y el artículo 536, que la sentencia será dictada con el alcance consignado en la ley de fondo). Desde esta perspectiva no existe ningún inconveniente en que las acciones policiales/ interdictos tramiten por juicio sumarísimo y las posesorias stricto sensu por juicio sumario. Claro está que ello no impide ver en normativas procesales locales desajustes con el Código Civil que en tal sentido son tachables de inconstitucionalidad (9). Así por ejemplo, por más loable que sea el propósito, la que frente al doble juego de acciones que por la legislación sustantiva no están impedidas en su ejercicio sucesivo, determina que ejercida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse la acción real (vgr. artículo 5602 del CPCCLRM de Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur; 604 CPCC de Entre Ríos; 617 CPCC Buenos Aires; 619 del CPCC de Formosa; 623 CPCCN; de San Luis y de Neuquén; 630 CPCC Santiago del Estero; 631 CPCC de Salta). Otro tanto sucede con la denuncia de daño temido regulada en muchos ordenamientos procesales, que si bien despejó muchas de las incertidumbres que la figura había suscitado (Clerc, 2007), en la medida que dispone que “la intervención simultánea o ulterior de la autoridad administrativa determinará la clausura del procedimiento y el archivo del expediente” — pese a alguna opinión contraria (10)— resulta inconstitucional como se concluyó en las XXIII Jornadas Nacionales.

A. 2. III. No obstante que en puridad técnica y dogmática adscribo sin dudas a la tesis dualista sustantiva (11) y con reservas a la monista procesal, resulta imposible dejar de reconocer desde el derecho vivo, la dimensión sociológica del trialismo jurídico, que la tesis unitaria que propone prescindir de los requisitos de anualidad y ausencia de vicios por considerarlos inútiles o prácticamente derogados, aun sin rigor científico, ha terminado imponiéndose en los hechos. Como dijo Borda (1972: 954), el más representativo de sus sostenedores, “ha surgido un nuevo monismo, pero de signo contrario: las acciones posesorias han quedado absorbidas por los interdictos (admitiendo, como es evidente, que la acción de despojo tiene todas las características de un interdicto y no de una acción posesoria propiamente dicha)” y me permito agregar a esta última consideración la innominada de manutención. Desde una óptica bien distinta y que en general comparto, Mariani de Vidal (1971: 113) ha dicho respecto de esta última: “Pensamos que, atento las menores exigencias y la mayor rapidez del trámite que caracterizarán a la acción policial de mantener del artículo 2469, caerá prácticamente en desuso la defensa de los artículos 2487, 2495 y 2496”. Igual suerte corrió la posesoria de restitución, ya que su escaso mayor alcance en la mayoría de los supuestos no justifica las mayores exigencias probatorias propias de su limitada legitimación activa (12).

El Proyecto de 1998 y el Código vigente han venido a rendir tributo, como se verá, a esa realidad.

(9) Se encuentra exenta de este reproche la Provincia de Córdoba cuyo Código Procesal solo regula en su artículo 779 “las acciones posesorias cualesquiera fuere su nominación y la de despojo” que tramitarán por juicio abreviado. También el artículo 406 del Código Procesal de Tucumán cuyo artículo 406 establece: Para este Código no hay más acciones posesorias que las establecidas por el Código Civil, las que se tramitarán de acuerdo a las siguientes reglas. Sin embargo el desvío se produjo con la Ley 4815 texto consolidado Ley 8240 del 9/2/2010 que regulando el procedimiento ante la Justicia de Paz legal en su artículo 40 regula un amparo a la simple tenencia por la cual el juez informándose en el vecindario puede directamente mantener al tenedor en la misma, denegando el reclamo en caso contrario. Ver crítica efectuada por Padilla y Paz (2011). No regula tampoco interdictos el Código Procesal de Mendoza. Su artículo 216 dispone: Acciones posesorias I - cuando se deduzcan acciones posesorias de retener o de recuperarla prueba debe versar sobre la posesión, conforme a las reglas establecidas por el código civil. II - puede promoverse la acción posesoria de retener, cuando se turbare la posesión mediante obra nueva. en este caso, el tribunal si “prima facie” encuentra justificado el derecho que invoca el actor, dispondrá que se suspenda la obra. III - en este proceso es prueba necesaria el examen judicial. IV - la sentencia no impide el ejercicio de las acciones petitorias.

(10) Iturbide (2009:144) considerando que se ajusta al pensamiento de Vélez en la nota al artículo 1132.

(11) De ello di prueba en mi ponencia e intervención en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(12) Una valoración similar hicieron Morello (1995: 14/15) y Laquis (1975:636/641).

B. En cuanto a las acciones posesorias y las reales, de inicio es de puntualizar los innegables puntos de contacto entre ellas. La turbación (artículo 2496) y el despojo (artículo 2497), constituyen los atentados por los que otorgan tanto las defensas de las relaciones reales como la protección de la existencia, plenitud y libertad del derecho real (artículos 2758, 2796/7 y 2800/2). Independientemente del fundamento o razón de ser de aquellas que con elocuencia puso de resalto Ihering y también de las esenciales diferencias entre ambas clases de procesos (objeto decidendum, legitimación activa, prescripción, tramitación, prueba y efectos de cosa juzgada), lo cierto es que por la vía del posesorio se consigue en múltiples situaciones una protección indirecta del derecho real (13), que con una buena regulación es rápida y efectiva, haciendo innecesario el otro mecanismo. Si se verifican estas últimas características y se establecen sus vínculos con precisión, lejos de haber oposición entre ambas funcionarán complementariamente. Solo de esa forma el posesorio dejará de ser una telaraña en que queden atrapados por igual quienes ilegítimamente son víctimas de un atentado a su relación de poder sin una ágil solución y quienes se ven obstaculizados en el reconocimiento de su derecho real y restablecimiento de las facultades que su título depara. Se evita también la distorsión de procesos (vgr. acción penal por distintos delitos, desalojo) a los que se recurre en procura de una solución que no les es propia.

Hecho este introito, digamos que la relación entre el juicio posesorio y el petitorio, se encuentra regida por los principios de independencia (artículo 2472) y no acumulación (artículo 2482).

B. 1. Por el primero resulta improcedente en las acciones posesorias el debate y prueba del *iusposidendi*. Se prescinde así del título que respalde la posesión (*nihil commune habet proprietatis cum possessione*: Ulpiano Digesto Libro XLI Tit. II Ley 12, 1).

Sin embargo ello es atemperado por la directriz residual del artículo 2471 (14), que tiene un ámbito limitado solo ante el fracaso de la regla de las tres A (anualidad, actualidad y antigüedad) ver Valdés y Orchansky (1969:170). En efecto si se demuestra haber poseído un año —siempre que no fuese viciosa respecto al adversario— antes de los hechos turbativos en la protección posesoria ordinaria (artículo 2473) o en todas antes del transcurso de un año desde que se produjo la turbación o el despojo (artículos 2456, 2493, 2494 y 4038) (15) el accionante triunfará. De lo contrario y fracasado el último estado de la posesión, se ve favorecido el que haya probado ser poseedor (o tenedor) más antiguo, al haber persistido en su relación con la cosa. Finalmente si tampoco ello constase, Vélez dispone que el juez debe examinar los títulos a esa relación y adjudicarla a quien los tenga mejores (en sentido inverso, aunque con efectos de cosa juzgada material, el artículo 2792 define la reivindicación en caso de indeterminación del derecho real por quien tiene la posesión). Dassen-Vera Villalobos (1962) expresan que esta consideración proviene del derecho canónico que permitía acumular el petitorio y el posesorio. Bibiloni (1930:88-89) criticaba esta solución señalando que el juez no debe hacer mérito de los títulos presentados “sino únicamente para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia” de la posesión. Así decía:

“Si no se puede establecer quien posee, porque los hechos y las circunstancias no lo dejan aclarar, porque son equívocos, accidentales, susceptibles de ser interpretados como de simple tolerancia, etc., la falta de prueba no transforma el juicio. De los títulos podrá resultar la calificación de los hechos que por sí dejan dudas. En la servidumbre poseída o ejercida, discontinua, o continua no aparente —artículo 3017— que solo puede constituirse por título, es claro que el hecho de la posesión está necesariamente calificado por el título. No puede prescindirse de él para amparar la posesión.

Pero en todos los demás casos, de los títulos no puede resultar que efectivamente se posee. Solo puede aclararse por ellos, en que calidad se posee, o en que extensión, si probados los hechos de posesión, hay alguna ambigüedad en las circunstancias. Pero la posesión misma no puede resultar del título (...)

(13) Ihering (1912:75): “quien pierda o gane la posesión, pierde o gana en la práctica, en la mayoría de los casos la propiedad, lo que la propiedad está llamada a procurarle: la seguridad del goce”.

(14) Los artículos 2471 y 2472 son copia casi textual de los artículos 4025 y 4026 del Esboco de Freitas.

(15) Que tiene su antecedente en la exceptioannis del derecho romano (Digesto Libro XLIII Tit. XVI Ley 1 Ulpiano).

No ha resuelto lo que se le pedía: defensa de la posesión. Ha resuelto lo que no se le pedía: defensa de la propiedad” (Resulta esto importante en virtud de lo que ahora dispone el art. 2270 C.C.C.N.).

Vale tener presente que lo que aquí se resuelva respecto del derecho de poseer no obsta a su consideración posterior en un juicio petitorio ya que no hace cosa juzgada material. Si a través de este último mecanismo sigue la incertidumbre corresponde el rechazo de la demanda (Kiper, 2005). Bibiloni (1930) y el Anteproyecto de 1954 (artículo 1466), proyectaban en cambio que se secuestrara la cosa a resultas del petitorio, lo que no se aviene a uno de los fundamentos de la protección posesoria (su función social revalorizada por las llamadas teorías absolutas, ya de servicio al destino universal del patrimonio de Stahl o de factor real de la situación económica y social del que la ejerce, útil en sí para él y para el organismo social de Saleilles).

B. 2. Por el principio de no acumulación, el actor no puede deducir conjuntamente una acción posesoria y una real. El que carece de derecho real sólo puede recurrir al posesorio.

El poseedor legítimo que es desposeído o sufre una turbación puede optar por una u otra vía. Si elige las acciones posesorias y no triunfa puede usar ‘después’ la acción real, pero si se inclinó por ésta no puede intentar posteriormente acciones posesorias que pudieron dirigirse contra el mismo demandado por hechos anteriores (16), es decir absorbidos en aquella demanda (artículo 2485 primera parte). La regla es lógica: si no tenía el *ius possidendi* no corresponde que pretenda luego el *ius possessionis*, que se asegura con carácter provisorio. Ahora bien, ello no excluye que pueda utilizar acciones posesorias por hechos posteriores ante una diferente, sucesiva turbación —obviamente si la acción real que se dedujo no fue la reivindicatoria que presupone la desposesión— (artículo 2485 primera parte *a contrario o stricto sensu*).

Por su parte el demandado en la acción real puede alegar perturbaciones anteriores (artículo 2485 segunda parte) ya que de lo contrario bastaría que quien turba o priva de la posesión inicie la acción real impidiendo al perjudicado su defensa posesoria. En ese caso el petitorio promovido por el actor debe ser suspendido hasta que finalice el posesorio (López de Zavalía, 1989; Kiper, 2005). Ello por cuanto rige la prelación del posesorio (artículo 2484), en cuya virtud ni actor ni demandado en el posesorio pueden intentar el petitorio mientras aquel no haya finalizado.

El caso anterior difiere del supuesto de aquel demandado en el posesorio que pendiente el mismo promueve la acción real. Procederá entonces una excepción dilatoria de naturaleza sustancial que dará lugar al rechazo de la demanda (obviamente y por la misma razón no podrá reconvenir por acción real en el posesorio), sin perjuicio de que podrá volver a instaurarla una vez concluida la instancia posesoria y de las medidas asegurativas de guarda y conservación que en ésta se tomen (artículo 2483). Si fuese el propio actor en el posesorio quien sin aguardar su conclusión promueve la acción real, cabrá interpretarlo como un desistimiento de aquel.

Para finalizar, el artículo 2486 obliga a cumplir íntegramente la condena que se hubiere impuesto en el posesorio antes de comenzar la acción real, pues de lo contrario aquella sentencia se convertiría en meramente ilusoria. En consecuencia deberá en su caso restituirse la cosa o cesar la turbación, reposición a estado primitivo, pagarse las costas y eventualmente (si esa pretensión hubiese sido acumulable) daños y perjuicios. El precepto hace referencia al “demandado vencido”, sin embargo varios autores lo interpretaron extensivamente alcanzando también al demandante (así Segovia, 1933: 70: “si el artículo se refiere al demandado, es porque prevé el caso más frecuente”; Machado, 1922:470: “principio que debe aplicarse por analogía al demandante en el mismo caso”; Garrido y Andorno, 1972: 534; quienes ponen el ejemplo de un propietario turbador que pierde el juicio posesorio que intentó). Otros en cambio (vgr. Llerena, 1931; Salvat, 1951; Highton, 1984; Llambías y Alterini, 1993; Kiper, 2005) se apegan al texto y su fuente (Aubry y Rau), encontrando el fundamento de la limitación en el hecho de que sólo al demandado se imputan lesiones a la posesión.

(16) Es discutido en doctrina si esta prohibición alcanza a los supuestos de caducidad de la instancia o desistimiento de la acción en el petitorio. Por su aplicación Gurfinkel de Wendy (2010); en contra Kiper, (2005).

III. La nueva regulación

El Código Civil y Comercial de la Nación sigue en los temas que nos ocupan en gran medida el sendero del Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio de 1998.

Empecemos por los Fundamentos —en la parte pertinente— de una y otra comisión redactora:

La designada por decreto 685/95 cuando lo elevó el Proyecto expresó:

“Título XIV. De la defensa real.

293. El último Título del Libro Quinto desarrolla la defensa real, comprensiva de la defensa extrajudicial y de la defensa judicial, y dentro de esta última tanto la defensa de la relación real como la del derecho real y entre ambas el caso especial de la acción para adquirir la posesión.

En cuanto a la defensa extrajudicial se vierten con mayor tecnicismo ideas paralelas a las del Código vigente, y se establece concretamente que también están legitimados al efecto los titulares de una mera yuxtaposición.

En lo atinente a la defensa judicial, se procuró dejar atrás la extrema complejidad y contradicciones del sistema de Vélez Sarsfield, que fueron agudizadas por la ley 17.711. Si bien en la actualidad no puede reprochársele a la legislación la inexistencia de remedios para las distintas lesiones, la multiplicidad de acciones superpuestas y con ámbitos de aplicación controvertidos, han despertado conflictos interpretativos en la doctrina y en la jurisprudencia, nada pacíficas al intentar desentrañar la maraña legal.

Se tutelan las relaciones reales que recaen sobre cosas muebles o inmuebles y universalidades de hecho.

Para las privaciones de las relaciones reales se acude a la acción de despojo, con amplia legitimación activa, que resguarda frente a la exclusión absoluta de todo o parte del objeto, aunque sea originada por una obra que se comienza a hacer. Quiere decir que abarca las actuales acciones de recobrar y de despojo y también la acción de obra nueva cuando se traduce en la privación de la relación real.

La acción de mantener substituye a las dos acciones de mantener (policial o posesoria en sentido amplio y posesoria en sentido estricto), pero abraza igualmente a las turbaciones producidas por una obra que se comienza a hacer y hasta a las generadas por el temor fundado de sufrir un daño en el objeto.

La tramitación de las defensas mencionadas se hará por el proceso de conocimiento más abreviado previsto por la ley local y se prevé la conversión de la acción en la que corresponda a la lesión mayor, si ésta se produce durante el curso del proceso. Ya no se discutirá si las acciones prescriben o caducan, pues las dos reguladas caducan al año de producida la lesión.

Para el supuesto especial de adquisición de la posesión por quien tiene título suficiente y no se le ha hecho tradición traslativa, se legisla una acción ágil y con breve plazo de caducidad. Se trata de una acción viable y no del sorprendentemente inidóneo interdicto de adquirir. Aunque propiamente no defiende la posesión, es tratada en este contexto por importar una suerte de tutela potencial, pues facilita su adquisición y posterior ejercicio.

(...) El Título XIV y con él el Libro Quinto, culminan con las relaciones entre las defensas de la relación real y del derecho real. Allí se consagran las reglas de la independencia de las distintas defensas y de la prohibición de acumularlas, como también se enmarca la suerte de los procesos sucesivos por el mismo hecho o por hechos distintos”.

El Anteproyecto del que terminaría siendo el Código Civil y Comercial vigente sin modificaciones en esta parte, fue acompañado por la Comisión de los Dres. Lorenzetti, como Presidente, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, con la siguiente explicación:

“Título XVI: “Acciones posesorias y acciones reales”

Capítulo 1. Defensas de la posesión y la tenencia

En cuanto a las defensas de la posesión y la tenencia, este Anteproyecto pretende simplificar y esclarecer el sistema del Código de Vélez que dio lugar a múltiples interpretaciones sobre la cantidad de acciones y

remedios que contiene y los variados supuestos en que aquél cuya relación de poder sea violentada puede desplegarlos. El abanico es muy variado y la doctrina se encargó de explicarlo, sin mayor éxito. Afortunadamente, en la práctica se utilizan razonablemente y sin hacer distinción sobre cuál es la acción que se entabla de toda la gama de las ofrecidas. Lo importante es la respuesta a las lesiones que se sufren: la restitución o la mantención de la posesión o la tenencia.

Tal vez técnicamente hubiera sido más completo el ejercicio académico de aclarar pero manteniendo un doble juego de acciones, unas denominadas “policiales” y las restantes conocidas como “acciones posesorias propiamente dichas”. A ello se agregarían las de obra nueva en sus dos variantes, más algunas otras como el daño temido, etcétera. No obstante, la normativa debe existir para actuar en una sociedad moderna, rápidamente, a fin de restablecer la situación fáctica violentada. Sin dejar ninguna situación desprotegida, debe prevalecer lo práctico sobre lo académico.

Así es que se incluye una acción para el ataque más grave (el despojo o desposesión) y otra para el ataque más leve (la turbación).

Pese a la erradicación de la justicia por mano propia y la violencia como modo de responder a los ataques, se admite la defensa extrajudicial de la persona cuando se ejercita como legítima defensa. Debe mantenerse incólume el bien superior de la defensa humana frente a la ilicitud de la actitud del agresor, siempre que la razonabilidad y proporción de la respuesta sea la adecuada a la provocación por vía de hecho. La protección civil diseñada no difiere demasiado de la contenida en el Código vigente pero se esclarecen algunos términos y situaciones.

(...) Capítulo 3. Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales

En esta materia subsisten las nociones del Código Civil, pero con una regulación ordenada y clara.

Se mantiene la base de la independencia de las acciones, lo cual implica prohibición de acumular, cumplimiento previo de condenas y una regulación de las ofensas posesorias, desapoderamientos recíprocos y consiguientes procesos sucesivos¹.

Con estas directrices, bajo el título 13 “Acciones posesorias y acciones reales” del Libro Cuarto, en los Capítulos 1 (“Defensas de la posesión y la tenencia”, compuesto por 9 artículos, del 2238 al 2246) y Capítulo 3 (“Relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales”, compuesto por 8 artículos, del 2269 al 2276) se procede a una regulación mucho más abreviada, clara y metodológicamente mejor ubicada de los temas en tratamiento.

A. 1. Principios generales

I. Constituye una despedida del régimen francés de la anualidad. Decía Galiano (1923:167):

“Toda la economía de las acciones posesorias, admitidas por el código francés, corresponde a principio de alcanzar una protección completa de los derechos con la mayor simplicidad posible. Para el derecho francés, como ya se sabe, la verdadera posesión es la anual; cualquier otra relación no constituye posesión (...) toda vez que es muy lógico que así sea desde que la posesión se funda en la protección de la propiedad (...) puesto que la posesión, según la teoría de Ihering, que hemos explicado, es una copia de la propiedad, es una exteriorización de la misma, es su visibilidad; existiendo una dependencia legislativa entre la posesión y la propiedad”.

Esa anualidad exigida de un modo absoluto por el derecho francés que no exigía Vélez sino cuando la acción habría de intentarse contra otro poseedor anual (artículo 2477) desaparece. Se vuelve en este punto al derecho romano y a Freitas.

II. También deja de tener importancia en la materia la calificación de viciosa (artículos 2241 y 2242). Si bien esta categoría subsiste en el Código Civil y Comercial (artículo 1921), a diferencia del Proyecto de 1998 que la eliminaba a todos los efectos (remito al punto 281 de sus fundamentos), lo es con efectos circunscriptos a la responsabilidad por destrucción total o parcial en caso de restitución de la cosa (artículo 1936).

III. Se conserva la regla propia de todo Estado de derecho: nadie, ni aunque sea el titular de un derecho, puede hacer justicia por mano propia; debe reclamar su emplazamiento en la relación de poder por las vías legales. En esto no hay variación entre el artículo 2239 C.C.C.N. y el artículo 2468 Cód. de Vélez, más allá de que ahora se incluya el título a la tenencia ya que en el Código derogado el término posesión era multívoco. A pesar de que el artículo vigente lleva como encabezamiento “Acción para adquirir la posesión o la tenencia”, ninguna acción específica se regula al efecto, sólo una remisión a las vías legales. En esto hay una gran diferencia con el Proyecto de 1998, cuyo artículo 2198 (emplazado separadamente de la defensa de la relación real) sí otorgaba una acción para quien tuviera título suficiente para adquirir el dominio pudiera reclamar la tradición traslativa de la posesión de quien la tuviera, con un plazo de caducidad anual (17).

Mantiene a través del artículo 2240 como excepción la defensa extrajudicial del artículo 2470 Cód. de Vélez, con leves modificaciones: a) en primer lugar simplemente aclara que se concede para “mantener o recuperar”, es decir que procede tanto en caso de turbación como de despojo. b) Elimina el “repulsar la fuerza”, sustituyéndolo por “proteger y repeler una agresión”; con lo cual parece extender la defensa aun cuando no se tratara de un ataque violento, en tanto a tenor del último párrafo quienes son servidores de la posesión (según el artículo 1911 C.C.C.N. quienes utilizan una cosa “en virtud de una relación de dependencia, servicio, hospedaje u hospitalidad”), se encontrarían limitados a esta protección sólo “contra toda violencia”. En función del concepto de servidores de la posesión y lo expresado en los fundamentos (18), pareciera descartar censurablemente (Alterini, 2012) esta defensa para otros casos de mera yuxtaposición, lo que no hacía el Proyecto de 1998 (artículo 2189) (19). c) Reitera los conceptos de “fuerza suficiente” y que “no exceda los límites de la propia defensa” lo que hace positiva alusión a la proporcionalidad o razonabilidad con que se justifica este medio; y “sin intervalo de tiempo”, es decir que la reacción debe ser inmediata. d) Especifica en cuanto a “los auxilios de la justicia” que llegarían demasiado tarde, como presupuesto de su ejercicio, al decir “autoridad judicial o policial” que aquella referencia no era en sentido limitado al Poder Judicial sino también comprensiva de fuerzas de seguridad en su obrar preventivo, disuasivo o represivo para hacer cesar esos atentados.

IV. En materia de defensa judicial termina con la discusión monismo o dualismo con existencia de una doble batería de acciones posesorias propiamente dichas y policiales en el Código de fondo. El sistema queda limitado ahora a dos únicas acciones: la de despojo y la de mantener, estructuradas al modo de las antiguas policiales, para la posesión y la tenencia y reguladas incluso en términos más amplios, subsumiendo claramente en ellas la de obra nueva.

El daño temido del artículo 2499 segunda parte Cód. de Vélez queda alcanzado en tanto configure “una amenaza fundada de sufrir un desapoderamiento” (artículo 2242) con “actos materiales de inminente producción” (artículo 2238) en la acción de mantener, sin perjuicio de que en la mayoría de los supuestos encuentre cabida propia y adecuada en la función preventiva del daño de la que se ocupan en materia de responsabilidad los artículos 1710 a 1713.

La amplitud con que son concebidas y la directiva procesal del artículo 2246 (mucho más precisa en cuanto abreviado que el artículo 2501 Cód. de Vélez) permiten vislumbrar también el fin de la

(17) Debe tenerse en cuenta que ese Proyecto expresamente consagraba que las acciones reales sólo pueden ser promovidas por el titular de un derecho real, estando prohibida la cesión de las acciones reales (artículo 2200). Es decir desterraba la doctrina del Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Arcadini, Roque (suc) c. Maleca, Carlos” del 11/11/1958. Cita online: AR/JUR/6/1958, seguida casi unánimemente por la jurisprudencia, por la cual “El comprador de un inmueble, a quien se le ha otorgado la pertinente escritura traslativa de dominio, puede, aun antes de la tradición de la cosa, ejercer la acción reivindicatoria contra al tercero poseedor de la misma”, la que con el nuevo código se mantendría vigente (artículos 398 y 1616).

(18) “Se pondera que la mera yuxtaposición local para modificar o ampliar la noción a relaciones reales no merece la pena, pues como simple relación de lugar constituye un contacto físico que carece de toda voluntariedad y en consecuencia, tampoco produce efectos jurídicos (...)”.

(19) “(...) el titular de una relación real, incluso de una mera yuxtaposición (...)”.

dicotomía con los interdictos procesales, debiendo los mismos ser reemplazados por una normativa procesal regulatoria de las acciones establecidas sustantivamente, so pena de caer en pronto desuso. Basta señalar que respecto a estos se prevé el plazo anual de caducidad en tanto para aquellas rige como de prescripción (artículo 2564 inc. b. C.C.C.N.) (20); la que además de no operar de oficio hace viable su suspensión o interrupción, y que el de recobrar requiere el despojo en una versión más limitada. Espero que esa necesaria revisión procesal conduzca a una implementación de la denuncia de daño temido y, en su caso, de mantenerse el interdicto de adquirir, que supere lo que los hacía inútiles y hasta en ciertos aspectos inconstitucionales.

V. La independencia de las defensas de la relación real y del derecho real se acentúa no solo por las disposiciones de los artículos 2243 y 2270 que reemplazan a los artículos 2471 y 2472 Cód. de Vélez sino en cuanto a sus fundamentos. Sin dejar de reconocer que la posesión es realizadora y exteriorizadora del ejercicio de derechos reales, todas las relaciones de señorío fáctico son valiosas por sí mismas, por su función social en razón de los fines a los que sirve, depurando —como dice Hernández Gil, 1980— las nociones de titularidad y ejercicio en sí mismo, con independencia de que sea reflejo de una titularidad, y contraponiendo a la rigurosa instrumentación jurídica en pos de la propiedad (Ihering, 1912: 57) (21) su realidad como la efectividad consciente y querida de la apropiación, utilización y provecho económico de las cosas (Saleilles, 1909) (22). A lo que se suma que en todas las teorías subyace una ideología pacifista exaltadora del valor del orden, de seguridad jurídica apoyada “en que la ley no debe permitir que una situación existente, aunque sea de hecho, como la posesoria, sea atacada ni siquiera por el que persigue un fin justo en sí (como el de hacerse con una posesión que le corresponde) y menos por quien pretende despojar injustamente al poseedor. El Ordenamiento jurídico que rija cualquier comunidad que aspire a sobrevivir y que esté medianamente organizada, lo primero que ha de prohibir es que nadie se tome la justicia por su mano” (Albaladejo, 2010: 94).

Y la inclusión sin distinciones de la posesión como ejercicio efectivo o comportamiento como titular de un derecho real (artículo 1909 C.C.C.N.) y la tenencia, que no lo implica (artículo 1910 C.C.C.N.), en todas sus variedades, dentro de los mismos confines protectorios, avanza en el sentido de una tutela diferenciada del poder fáctico, aunque pueda resultar complementaria y funcionar como metafóricamente decía Ihering “una simple escaramuza, un combate de las avanzadas”, de la que merece el derecho real y por otras vías también los derechos personales. Ya decía Allende (1960: 909) “no hace a la esencia de la escuela clásica negarle acciones posesorias al tenedor, cosa que el propio Savigny así lo declara”.

A. 2. Aspectos particulares

I. Los ataques que dan lugar a estas acciones son como en el régimen anterior la turbación y el desamparamiento (artículo 2238 C.C.C.N.). La diferencia, tal como surgía del artículo 2497 Cód. de Vélez, pasa por la clase de exclusión: si es absoluta, sea del todo o parte de la cosa (artículo 2245 C.C.C.N.),

(20) Se aparta así del Proyecto de 1998 que en su artículo 2197 establecía la caducidad de estas acciones, con plazo anual descontado desde que se produjo la lesión; y también de lo que era la opinión mayoritaria de la tesis dualista que reservaba la prescripción para las acciones posesorias stricto sensu y aplicaba el artículo 2493 para la policial de despojo.

(21) “La protección de la posesión como exterioridad de la propiedad, es un complemento necesario de la protección de la propiedad, una facilitación de la prueba en favor del propietario, la cual aprovecha necesariamente también al no propietario”.

(22) “La protección posesoria no fue creada únicamente como medida administrativa de seguridad (Police); indudablemente es lo primero que llega a descubrirse en ella. Y no lo olvidemos: todo organismo vivo debe protegerse tal como funciona. Pero la ley medía también para proteger todo estado que por sus caracteres externos corresponde a una situación normal de relaciones del individuo con las cosas”, agregando que esa protección se da cuando se trata de una relación de hecho “en armonía con el estado social”, ya que la relación posesoria “es un vínculo económico y social” ya que “es poseedor aquél que mantiene con la cosa una relación tal que, según la costumbre y la opinión públicas, deba respetársele en la apropiación de su actividad para utilizar y beneficiarse de la cosa” (...), “poseer es asignar económicamente las cosas para el cumplimiento de nuestro fin individual”.

hay desapoderamiento. Si los actos materiales o físicos, ejecutados o de inminente producción (23) (amenaza fundada de desapoderamiento o actos que anuncien la inminente ejecución de una obra; artículo 2242 segundo párrafo C.C.C.N.) producen una molestia, una modificación en la situación de hecho que afecta el señorío del poseedor o tenedor, sin que tengan aquel efecto será turbación.

Se ha dicho que la turbación es una desposesión en marcha, con la intención de hacerse de la cosa, ya que si no fuese así no corresponderán estas acciones sino que tales conductas deberán ser juzgadas a los fines indemnizatorios del daño causado. Debo aquí señalar que la intención de poseer contenida ya en la noción legal de turbación de los artículos 2496 y 2497 Cód. de Vélez, era muy cuestionada, debiendo quedar circunscripta a los supuestos de ataque a la posesión, no a los referidos a la tenencia o por turbaciones en la realización de obras.

Ambas lesiones son consideradas por el resultado alcanzado (lo que dará lugar frente a su agravamiento a la conversión del proceso artículo 2244 C.C.C.N.), independientemente de los medios empleados y de si quien las realiza a despecho de la naturaleza de su objetivo comportamiento pretende que no ha impugnado la titularidad de la relación real.

Tales actos deben ser realizados contra la voluntad del poseedor o tenedor, no cuando se trata de actividades del otro para las que ha mediado consentimiento, tolerancia o autorización de su parte.

Corresponde señalar por último la equivocada terminología que emplea “acciones posesorias”, en tanto son concedidas también al tenedor para defender su propia relación de poder, al margen del caso del artículo 2245 in fine C.C.C.N.

II. La finalidad de las mismas es la de mantener (por medio de la acción del artículo 2242 C.C.C.N.), para que la sentencia ordene el cese de la turbación y adopte las medidas pertinentes para impedir que vuelva a producirse o recuperar (por medio de la acción de despojo del artículo 2241 C.C.C.N.), para que se ordene la restitución del objeto o si se tratase de obra nueva comenzada a hacer su remoción.

III. Objeto de protección son las cosas, universalidades de hecho o partes materiales de una cosa (artículo 2245 C.C.C.N.).

Aunque no se diga expresamente tanto las cosas inmuebles como los muebles están incluidos al igual que después de la reforma del decreto-ley 1. 7711.

Merece aclararse que según el artículo 1927 C.C.C.N., la relación de poder sobre una universalidad de hecho —supongamos una biblioteca, un rebaño— “abarca sólo las partes individuales que comprende”, es decir que la posesión o la tenencia debe ser adquirida y mantenida individualmente (24). Alterini (2012), apunta bien la inconsistencia de dar entonces acciones por el todo. Mariani de Vidal (2013), da la siguiente solución: ejercida la acción de despojo por el todo, el reclamado deberá demostrar que determinado componente, un libro por ejemplo, no había sido poseído o tenido por aquel; y agrega que será útil para dilucidar el asunto “los títulos presentados para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión” (artículo 2270 C.C.C.N.).

IV. La cotitularidad para el ejercicio de las acciones está resuelta también en el artículo 2245 (segundo párrafo) (25). Se mejora al artículo 2489 Cód. de Vélez en cuanto al mismo nombraba imperfectamente al copropietario, cuando para el ejercicio de estas acciones no era ni es necesario el título ni la buena fe.

(23) La inclusión de la “inminente producción” también la había hecho el artículo 2190 del Proyecto de 1998.

(24) El Proyecto de 1998 en su artículo 1869 permitía en cambio que la relación real se estableciera sobre el conjunto de las cosas que lo compongan, por lo que coherentemente admitía a su respecto, como universalidad, la acción de despojo (artículo 2191) y la acción reivindicatoria (artículo 2204).

(25) Similar redacción tiene el artículo 1948 del Cód. Civil de Paraguay: Cualquiera de los coposeedores podrá ejercer las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra éstos, si lo excluyeren o turbaren en el ejercicio de la posesión común. Ellas no procederán si la controversia entre coposeedores sólo versare sobre la mayor o menor participación de cada uno.

Cabe distinguir según quien realice el ataque: Si es un tercero puede accionar individualmente, sin necesidad del concurso de los demás coposeedores ni autorización. De prosperar la acción la sentencia beneficiará a los restantes pero en caso de ser adversa no perjudicará a quienes no fueron parte. Si es un coposeedor quien lo excluyó o que como decía Vélez “turbándolo en el goce de la cosa común, manifestase pretensiones a un derecho exclusivo”, la acción se halla enderezada al reconocimiento de su coposesión, y solo en esa medida, menoscaba por el ataque, reponiendo “las cosas al estado en que estaban antes de la turbación” (Llerena: 263). Por ello la sentencia favorable no puede significar la exclusión absoluta del otro coposeedor y si los actos no tuvieron por objeto sino la extensión y condiciones del ejercicio de las facultades de cada parte, no serán estas acciones el camino a seguir sino que deberán promoverse otra clase de acciones.

Observo también que se ha cometido el error de referirse exclusivamente al caso de coposeedores cuando las acciones tutelan también a la tenencia y por ende a las mismas cuando son de sujeto plural (por ejemplo un co-locatario).

V. Legitimación activa: ambas acciones, la de despojo y la de mantener, son concedidas tanto a poseedores aún viciosos como a tenedores. Desaparece la distinción de tenedores interesados y no interesados que contenía el artículo 2490 Cód. de Vélez. Ahora los de una y otra clase pueden promoverlas. No están legitimados los llamados servidores de la posesión.

Un interrogante plantea el caso de los titulares de servidumbres, ya que no existe una norma similar al artículo 3034 del Cód. de Vélez que disponía 3034 “Corresponde a los dueños de las heredades dominantes, las acciones y excepciones reales, los remedios posesorios extrajudiciales, las acciones y excepciones posesorias”. El mismo ya generaba distintas interpretaciones respecto a su aplicación a las servidumbres discontinuas o no aparentes, particularmente en virtud de la nota al artículo 2975 (26), amén de la opinión favorable de algunos autores (vgr. Biondi 2002: N° 20 p. 1170) en relación a su concesión a las negativas (27), particularmente cuando existe título.

El artículo 1891 C.C.C.N. predica, que las servidumbres al igual que la hipoteca no se ejercen por la posesión y con una terminología que juzgo contradictoria agrega: “las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión” (28), es decir conserva a las categorías servidumbre positiva y negativa (artículo 2164 C.C.C.N.), pero suprime las clasificaciones de servidumbre continua/discontinua y aparente/no aparente. Todo lo cual además genera además incertidumbre respecto a la posibilidad de adquirirse por prescripción adquisitiva (artículo 1897 C.C.C.N.), aunque pienso que es factible (lo contrario sería ilógico) con pie en los términos del artículo 2565 C.C.C.N.

Trazada la normativa (o su ausencia) en la materia, comparto la opinión de Mariani de Vidal (2013), en el sentido que para las positivas es viable la protección por este medio, en base al artículo 1891, 2do párrafo C.C.C.N. Quien sea titular de una negativa, en cambio al no ser poseedor ni realizar actos posesorios se verá obligado a recurrir a la acción real (confesoria).

VI. Legitimación subrogada del tenedor. En la última parte del artículo 2245 se autoriza al tenedor a ejercer acciones posesorias por hechos cometidos contra el poseedor y pedir que éste sea reintegrado en la posesión y si no quiere recibir la cosa tomarla directamente.

(26) Remito a mi artículo “Dudas y controversias en materia de servidumbres “punto 7 para ver las distintas posturas. El artículo 917 del Cód. Civil de Chile dispone específicamente “Sobre las cosas que no pueden ganarse por prescripción, como las servidumbres inaparentes o discontinuas, no puede haber acción posesoria”.

(27) El Proyecto de 1998 en su artículo 1823 señalaba a las servidumbres negativas como una de las excepciones al ejercicio de los derechos reales por la posesión, por lo que las mismas en defecto de título ante la falta de una previsión expresa quedaban excluidas de las acciones previstas para la defensa de la relación real (artículo 2190 y ss.).

(28) ;Cuántos problemas se solucionan si se adopta un criterio amplio en materia de relaciones reales incluyendo la cuasiposesión y la yuxtaposición predial, pero esto es harina de otro costal.

Sinceramente no encuentro sentido a esta previsión. Estando el tenedor legitimado iure proprio para defender su propia relación de poder no se justifica que lo haga por actos de ataque a la relación que representa (artículo 1910 C.C.C.N.), y que necesariamente se han de haber concretado en la suya propia. Esto tenía sentido en el régimen del Anteproyecto de 1954 (artículo 1463), en que los tenedores solo estaban autorizados a accionar en caso de omisión del poseedor. Por otra parte si él ya era tenedor de la cosa por qué ha de accionar para que le sea reintegrada al poseedor.

VII. Legitimados pasivos: en la acción de mantener es quien turba en todo en parte. Y en la acción de despojo el despojante, sus herederos y sucesores particulares de mala fe. Aunque sólo respecto a esta última se aclara que puede ejercerse contra el dueño, ninguna distinción cabe hacer respecto a la de mantener.

En el concepto de despojante quedan incluidos los cómplices, y obviamente en el de agresor turbador quienes son sus copartícipes.

El sucesor singular de buena fe solo puede ser perseguido a través de la acción real, con éxito que dependerá también de la onerosidad o gratuidad del título de adquisición.

VIII. Despojo. El término y la acción se refieren a cualquier tipo de desapoderamiento, con lo cual se zanjó el debate que anteriormente existía al respecto, adoptándose la tesis amplia (ver régimen anterior punto A. 2. I).

IX. Obra nueva. La doctrina mayoritaria interpretó en torno a los artículos 2498/2500 del Cód. de Vélez (29) que la acción de obra nueva era de naturaleza posesoria (aun cuando tuviese implicancias cautelares, vgr. su suspensión durante el juicio) y no autónoma, sino que constituía una modalidad de las defensas contra el desapoderamiento o la turbación.

Ello este el criterio que adoptó el C.C.C.N., siguiendo al Proyecto de 1998 artículos 2191 3er. párrafo y 2192 2do. párrafo.

Así si la obra se comienza a hacer (igual si está terminada) en el objeto de posesión o tenencia del actor se configura un supuesto de despojo, ya que media un acto de ocupación parcial que priva de la posesión o la tenencia siquiera sobre una parte del fundo (artículo 2241 2do párrafo). Si la obra (en sentido amplio nueva, reconstrucción, reparación) se realiza en otro lugar que no fuera del actor la acción es la de mantener del artículo 2242 (aunque no explicita donde se realiza ello surge a contrario de la acción de despojo).

Para que sea procedente la de mantener no es siquiera necesario que esté iniciada, ya que es suficiente que haya “actos que anuncian la inminente realización de una obra”. Es que para la obra nueva ya en el régimen anterior no era requisito una turbación actual sino que era suficiente la turbación futura por el desarrollo de la misma (Alterini en obras con Lafaille: 574 y Llambías: 265). Tampoco rige a su respecto la intención del turbador con el alcance de excluir al poseedor o tenedor sino que lo que caracteriza esta acción es el perjuicio o menoscabo en esa relación de poder provocado por aquel.

Sin perjuicio de la condena que puede recaer en acciones de este objeto y aunque no exista

Una disposición similar al artículo 2500 Cód. de Vélez es obvio que reunidos los recaudos precautorios el juez puede ordenar la suspensión de la obra.

(29) Similar es la regulación del artículo 1946 del Código de Paraguay: “Si la turbación en la posesión consistiese en obra nueva, que se comenzare a hacer en inmuebles del poseedor, o en destrucción de las obras existentes, la acción posesoria será juzgada como acción de despojo. Si la obra nueva se comenzare a hacer un inmueble que no fuese del poseedor, sea de la clase que fuere, y la posesión de éste sufriere un menoscabo, habrá turbación de la posesión. En ambos casos, la acción posesoria tendrá por objeto suspender la obra durante el juicio, y una vez terminado éste, destruir o reparar lo hecho. El juez podrá denegar la suspensión provisional, si no la estimare justificada”.

X. Conversión. El artículo 2244 C.C.C.N. reproduce el artículo 2196 del Proyecto de 1998, al disponer que iniciado el proceso judicial si ínterin se produce una lesión mayor, el mismo se transformará a pedido del afectado sin retrotraer su tramitación pero respetando el derecho de defensa.

XI. La omisión de incluir la posibilidad de reclamar daños y perjuicios, que contenía el artículo 2494 Cód. de Vélez, no obedece a su improcedencia ya que con el despojo o la turbación estaremos ante un hecho ilícito, sino a que por la naturaleza del proceso la acumulación de aquel reclamo no será viable, ya que dilataría su tramitación, debiendo articularse separadamente por el trámite ordinario o sumario que corresponda por la regulación local.

B. No existen diferencias sustanciales en lo que hace a la normativa regulatoria de las relaciones entre las defensas de la relación real y del derecho real (30).

I. En lo que hace a la independencia, el artículo 2270 C.C.C.N. es casi fiel reproducción del artículo 1467 Anteproyecto de 1954 (y por esta vía seguidor de Bibiloni) que decía:

“La posesión nada tiene en común con el derecho de poseer, y será inútil la prueba de éste para el progreso de las acciones posesorias. Sin embargo, el juez podrá examinar los títulos que se presentaren, para apreciar la naturaleza, extensión y eficacia de la posesión”.

Es decir ya no rige la salvedad del artículo 2472 del Código de Vélez para la aplicación como última ratio del *iuspossidendi*.

II. En cuanto a la prueba de la relación de poder ello se encuentra regulado por el artículo 2243 C.C.C.N. que combina satisfactoriamente el artículo 2195 del Proyecto de 1998 (“Si es dudoso quien ejercía la relación real al tiempo de la lesión, se considera que era quien pruebe haberlo hecho en la fecha anterior más próxima a la lesión”) —criterio único que como decía Kiper (2005: 508) en la práctica se revelaba bastante inútil— y el primer párrafo del artículo 1466 del Anteproyecto de 1954 (“Cuando el último estado de la posesión resultase dudoso entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo, o turbarlo en ella, se juzgará que la tiene quien probare una posesión más antigua (...”). Como no podía ser de otra forma se dejó de lado el secuestro de la cosa de persistir la incertidumbre, que había proyectado éste último. En tal caso corresponderá el rechazo de la acción y el actor deberá ocurrir —si puede— a la acción real.

También favorece a esta independencia los alcances que tiene la sentencia recaída en las acciones de despojo o de mantener al producir efecto de cosa juzgada material en todo lo que se refiere a la posesión o a la tenencia (parte final de los artículos 2241 y 2242 C.C.C.N.), ya que no podrá ser materia de replanteo probatorio. Algo similar preveía el artículo 2224 del Proyecto de 1998, dejando a salvo excepciones que no se vinculaban con lo resuelto en las acciones de defensa de las relaciones reales.

III. La no acumulación del artículo 2482 Cód. de Vélez aparece desdoblada en los artículos 2269 y 2273 C.C.C.N. pero con igual sentido.

IV. Lo mismo sucede con el artículo 2271 C.C.C.N. que replica, respecto a la no tramitación simultánea juicio posesorio-acción real, al artículo 2484 del Cód. de Vélez. Lo hace bajo el título “Suspensión de la acción real”, aunque en su contenido alude a que “no puede admitirse o continuarse”, por lo que entiendo aplicable según fuere el caso lo dicho al tratar el régimen anterior (punto B. 2).

V. Nada diferente al artículo 2485 Cód. de Vélez prescribe el artículo 2274 C.C.C.N. en relación a hechos anteriores y distintos de los ventilados en la acción real, que pueden dar lugar o no a acciones posesorias según sea el demandado o el actor.

(30) El Anteproyecto de 1954 contempló todas situaciones y reglas en un solo artículo, el 1468. También lo hizo más brevemente y con igual precisión el Proyecto de 1998 (4 artículos, del 2224 al 2227).

VI. Se dedica un artículo (2276 C.C.C.N.) para dejar expresa constancia que por los hechos posteriores a la acción real cualquiera de las partes puede deducir acciones de protección de la posesión o la tenencia.

VII. Pese a que no se incluya en la normativa la posibilidad de medidas cautelares conservatorias de la cosa (artículos 2483 Cód. de Vélez, 1471 Anteproyecto de 1954 y 2194 Proyecto de 1998) satisfechos los recaudos propios (verosimilitud, peligro) ningún óbice existe para que el juez las adopte.

VIII. El cumplimiento previo de las condenaciones impuestas en el posesorio, se especifica ahora (artículo 2272 C.C.C.N.) alcanza a cualquiera de las partes que resultare vencido. Ya no se hace alusión al “demandado” (artículo 2486 Cód. de Vélez), que era mantenido por el artículo 1468 inc. 4 Anteproyecto de 1954 y suprimido por el Proyecto de 1998 (artículo 2226 parte final).

IX. El artículo 2275 C.C.C.N. plantea el supuesto de hechos lesivos recíprocos. Supongamos Juan es despojado por Pedro, Juan quien es el dueño a su vez lo desposee. Pedro promueve acción de despojo y triunfa. Juan devuelve el inmueble y puede proseguir o iniciar la reivindicatoria o la acción de despojo por el hecho anterior.

IV. Conclusión

Más allá de algunas cuestiones menores a las que puede formularse crítica, las normas del nuevo Código siguen en cuanto a las relaciones petitorio/posesorio las aguas del código velezano y mejoran notoriamente el régimen de protección de las relaciones reales o de poder fáctico sobre las cosas, desatando la maraña regulatoria anterior a través de un sistema simplificado de acciones que se ajusta más a la práctica real y a las necesidades de seguridad jurídica y previsibilidad en su ejercicio. Tenedores y poseedores con derecho o no, han resultado beneficiados, al obtener un medio de tutela más rápido y efectivo contra los menoscabos. Y en ello va también el interés de la sociedad toda ya que las situaciones de hecho, con provecho económico y social, tienen un valor per se, no mereciendo ser atacadas o modificadas por propia autoridad, ya que si son injustas están las vías legales correspondientes para corregirlo. Y porque autoridades gubernamentales y los hombres de derecho deben obrar para que unos y otros medios —los que evitan la justicia por mano propia y los que resuelven el derecho— sean eficaces.

V. Bibliografía

ADROGUE, Manuel (1970). “La protección posesoria en la reforma civil”, EN: *Revista La Ley*, To. 140 p. 1187-1187.

ALBALADEJO, Manuel (2010). *Derecho Civil III. Derecho de bienes*. 11ª ed. Madrid: Edisofer.

ALSINA ATIENZA, Dalmiro A. (1965). “La acción policial innominada de manutención en la tenencia”, EN: *Revista La Ley* To. 119 p. 1104-1127.

ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1954 para la República Argentina (1968). Universidad Nacional de Tucumán. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Derecho Civil y Comparado.

ALTERINI, Jorge Horacio (2012). *Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código*. Acad. Nac. de Derecho 2012 (septiembre), 1 y *Revista Jurídica La Ley* 2012-E, 898.

ALLENDE, Guillermo L. (1960). “La defensa de la posesión y la tenencia en nuestro Código Civil y en los códigos contemporáneos”, EN: *Revista La Ley*, To. 99 p. 904-910.

— (1959). *La Posesión*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

ANDORNO, Luis O. (1995). “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano”, EN: *Revista Jurisprudencia Argentina*, To. 1995-II p. 887-899.

- AREÁN, Beatriz A. (2008). *Derechos Reales*. To. 1, 6ª ed. 2ª. Reimpresión. Buenos Aires: Hammurabi.
- BENDERSKY, Mario J. (1961). *Acciones posesorias y Despojo*, Monografías Jurídicas N° 46. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BENEDETTI, Julio César (1978). *La posesión. Teoría y práctica de su amparo*. Reimpresión. Buenos Aires: Astrea.
- BIBILONI, Juan Antonio (1930). *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*. Derechos reales. To. III. Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- BIONDI BIONDO (2002). *Las servidumbres*. Madrid: Ed. Comares.
- BORDA, Guillermo A. (1971). *La reforma de 1968 al Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (1972). “Acciones posesorias e interdictos: el problema de su identidad o dualidad”. EN: *Revista La Ley*, To. 146, p. 951-954.
- CASTRO, Máximo (1931). *Curso de Procedimientos Civiles*. To. III, p. 121 y 134. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina. Citado en Highton Elena I. (1984). *Derechos Reales. Posesión*. To. I. Buenos Aires: Hammurabi, p. 284, nota 402.
- CAUSSE, Federico y PETTIS, Christian R. (2015). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derechos Reales*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CLERC, Carlos M. (2007). *Derechos reales e intelectuales*. To. 1. Buenos Aires: Hammurabi.
- DASSEN, Julio (1956). “Acción posesoria de recobrar (De la violencia al abuso de confianza”, EN: *La Ley*, To. 82, Sec. Doctrina, p. 876-881.
- (1959). “Acción posesoria de recobrar”, EN: *Estudios de Derecho Privado y Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- y VERA VILLALOBOS, Enrique (1962). *Manual de Derechos Reales - Parte General Posesión - Defensa posesoria*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- DE REINA TARTIERE, Gabriel (2010). *La posesión*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- ESBOCO CÓDIGO CIVIL (1909). Traducción castellana. To. II. Buenos Aires: García Santos y Roldán.
- FAZIO DE BELLO, Marta E. (1982). “Estudios sobre la protección de la posesión y de la tenencia”, EN: *Temas históricos y de derecho privado*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano, Instituto de Derecho privado, Anuario 1980, Vol 4, 145-200.
- FORNIELES, Salvador (1942). *Acción de despojo*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina 1942-I secc. doct. p. 3-8.
- GALIANO, José. (1923). *Conferencias de Derecho Civil. De las cosas. La Posesión y Acciones posesorias*. Buenos Aires: Jesús Menéndez e hijo. Libreros Editores.
- GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis (1972). *Código Civil Anotado Libro III Derechos Reales*. To. I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor.
- GUARDIOLA, Juan José (2012). “Dudas y controversias en materia de servidumbres”, EN: *Revista Notarial*. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. N° 971 p 329-404.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. (2010). *Derechos Reales*. To. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio (1980). *La posesión*. Madrid: Editorial Civitas SA.

HOUGHTON, Elena I. (1984). *Derechos Reales. Posesión*. To. I. Buenos Aires: Hammurabi.

IHERING, Rodolfo Von (1912). *La teoría de la posesión-El fundamento de la protección posesoria*. 2ª. ed. corregida. Madrid: Hijos de Reus editores. Cap. VI de El fundamento: La posesión es una posición avanzada de la propiedad, p. 57-80.

ITURBIDE, Gabriela A. (2009). “Interdictos y acciones posesorias. Denuncia de daño temido. Reparaciones urgentes”, EN: Elena I. Highton y Beatriz A Areán (Dir.), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. To. 12. Buenos Aires: Hammurabi, p. 1-154.

— (2013). “Acciones posesorias. Régimen actual y el del Proyecto de Código”, EN: *Revista La Ley*. To. 2013-D p. 754-766.

KIPER, Claudio M. (2005). “Comentario a los arts. 2351 a 2501”, EN: Eduardo A. Zannoni (Dir.) - Aída Kemelmajer de Carlucci (Coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. To. 10. Buenos Aires: Astrea, 183-611.

LAFAILLE, Héctor, (1943). *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*. To. III. Vol. I. Buenos Aires: EDIAR.

— y ALTERINI, Jorge Horacio (2011). *Derecho Civil - Tratado de los Derechos Reales*. To. I. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley-Ediar.

LAQUIS, Manuel Antonio (1975). *Derechos Reales*. To. I. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

LEGÓN, Fernando (1934). “Naturaleza y alcance de la acción de despojo”, EN: *Revista Jurisprudencia Argentina*, To. XLVII, Jul-Set, p. 533-537.

— (1941). *Tratado de los derechos Reales en el Código y en la Reforma. Protección Posesoria*. To. IV. Buenos Aires: Valerio Editor.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. (1989). *Derechos Reales*. To. II. Buenos Aires: Zavalía Editor.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín y ALTERINI, Jorge Horacio (1993). *Código Civil Anotado - Doctrina - Jurisprudencia*. To. IV-A. Buenos Aires: Abeleto Perrot.

LLERENA, Baldomero (1931). *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*. 3ª ed. To. VII. Buenos Aires: Librería y Editorial La Facultad.

MACHADO, José Olegario (1922). *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. To. VI. Buenos Aires: ECYLA.

MARIANI DE VIDAL, Marina (1968). “Acciones posesorias y cosas muebles. Inteligencia de la reforma del art. 2488 del Cód. Civil por la ley 17711”, EN: *Revista La Ley*, To. 132 Oct.-Dic., p. 1147-1151.

— (1969). “Las defensas contra la turbación o exclusión de la posesión y la tenencia en el Código Civil y las leyes 17.711 y 17. 45”, EN: *Revista Jurídica La Ley*, To. 134, Ab-Jun, p. 1261-1271.

— (1970). “Defensa de los servidores de la posesión”, EN: *Revista La Ley*, To. 137, p. 615-624.

— (1971). *Interdicto de adquirir*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor.

— (1993). *Curso de Derechos Reales*. To. I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor.

— (1997). “Comentario a los arts. 2351 a 2501”, EN: Alberto J. Bueres (Dir.) y Elena I. Highton (Coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, To. 5. Buenos Aires: Hammurabi, 90-292.

— (2012). “Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. Aspectos salientes”, EN: *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número Especial 2012-IV, Fascículo n° 3, p. 51-57.

— (2013). “La defensa de la posesión y la tenencia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Primeras reflexiones”, EN: *Revista El Derecho*, To. 251, p. 606-613.

MOLINARIO, Alberto D. (1965). *De las relaciones reales*. Buenos Aires: La Ley.

MORELLO, Augusto M. (1995). *Juicios Sumarios, I Interdictos-Desalojo*. 3ª ed. La Plata: LEP.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis (1998). *Clases de derechos reales*. Córdoba: Advocatus.

MUSTO, Néstor J. (1981). *Derechos Reales*. To. I, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

— (2000). *Derechos Reales*. To. 1 Buenos Aires: Astrea.

PADILLA, René A. y PAZ, Roberto J. (2011). *Inconstitucionalidad del “amparo” a la simple tenencia en la justicia de paz lega de la Provincia de Tucumán*. LLNOA 2011 (diciembre) 1153.

PADILLA, Rodrigo y HERNÁNDEZ, María Soledad (2013). “Sobre la protección de las relaciones reales. Con especial referencia al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, EN: *Revista La Ley Noroeste*, p. 23-33.

PAPAÑO, Ricardo J. y otros (2004). *Derechos Reales*. To. 1 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea.

PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto (1973). *Derechos Reales*. To. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

PICADO, Leandro S. y LOIZA, Fabián (2012). “La posesión y la tenencia en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial”, EN: *Revista Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, 2012-IV, Fascículo, n° 3, p. 38-50.

REIMUNDIN, Ricardo (1973). *Acciones posesorias e interdictos*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina Serie Contemporánea, p. 291-298.

— (1974). *La acción posesoria de obra nueva. Apuntaciones para su deslinde conceptual*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina Serie Contemporánea, Sec. Doctrina, p. 586-593.

SALEILLES, Raymundo (1909). *La posesión. Elementos que la constituyen y su sistema en el código civil del Imperio alemán*. Trad. Navarro de Palencia. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

SALVAT, Raymundo M. y NOVILLO CORVALAN, Sofanor (1951). *Tratado de Derecho Civil Argentino-Derechos Reales*. To. I 4ª ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

SAUCEDO, Ricardo Javier (2014). “Comentario a los arts. 2238 a 2246 y 2269 a 2276”, EN: Graciela Medina (Dir.), Julio C. Rivera (Coord.) y Mariano Esper. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo V. Buenos Aires: La Ley, p. 908-936 y 985-997.

SEGOVIA, Lisandro (1933). *El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas*. Nueva edición. To. II. Buenos Aires: Librería y Editorial La facultad.

VALDES, Horacio y ORCHANSKY, Benito (1969). *Lecciones de Derechos Reales*. To. I Buenos Aires: Ediciones Lerner.

VAZQUEZ, Gabriela y PEPE, Marcelo (2012). *Renovadas polémicas en los derechos reales*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina 2012-II, 1039.

VIVES, Luis M. (2015). “Comentario a los arts. 2238 a 2276”, EN: Alberto J. Bueres (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. To. 2. 3ª reimpresión. Buenos Aires: Hammurabi.

Superficie

POR PABLO MARÍA CORNA (*)

Sumario: I. Antecedentes en nuestra legislación. — II. Naturaleza jurídica. — III. Modalidades. — IV. Emplazamiento. — V. Duración. — VI. Constitución. — VII. Facultades del superficiario. — VIII. Facultades del propietario. — IX. Subsistencia y transmisión de las obligaciones. — X. Destrucción de la propiedad superficiaria. — XI. Extinción de la superficie. — XII. Efectos de la extinción. — XIII. Indemnización al superficiario. — XIV. Normas subsidiarias (remisión al usufructo). — XV. Aplicación de las normas del dominio revocable. — XVI. Supuesto de fraude o simulación. — XVII. Conclusiones. — XVIII. Bibliografía.

En la época posclásica del derecho romano se buscó, por parte del Estado y ciudadanos, utilizar ciertos terrenos que formaban parte de su patrimonio para arrendarlos por largo término —y a veces a perpetuidad— a personas que tenían el derecho de edificar o plantar mediante el pago de un precio llamado *pensio o solárium* (1).

En el siglo II de nuestra era ya era utilizado para asentar tribus romanizadas en la frontera del imperio como para el cultivo de vid y los olivos que demoran varios años en producir a pleno sus frutos (2).

El pretor le concedió al locatario, en los casos de arriendos perpetuos o de largo plazo, acciones para protegerlo y aún para oponer excepciones a la *revindicatio* del propietario. De esta manera, este tipo de arrendamiento se convierte en un verdadero derecho real.

En la constitución de arriendos a largo plazo o a perpetuidad se le dio al arrendatario: a) una acción *in rem*, para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario; b) una excepción contra la *reivindicatio* del propietario y c) cualquier otra acción que tuviera necesidad para ser protegido en su derecho y posesión (3). De esta forma, en el derecho justinianeo queda consagrado en forma definitiva como un derecho real con todas las acciones protectoras de los mismos (4).

El concepto de superficie no corresponde a la extensión superficial del terreno, sino a lo que se eleva sobre él, edificaciones o plantaciones conforme lo expresa el vocablo latino: *super facies*, sobre la faz de la tierra (5).

I. Antecedentes en nuestra legislación

Entrado el siglo xx comenzó a entenderse en la doctrina la conveniencia de volver a introducir esta figura. Así, el proyecto de Bibiloni lo había incluido como el Anteproyecto de 1954 y los Proyectos de 1987, 1993 y 1998.

La ley 25.509 siguiendo algunos de los lineamientos del proyecto de 1998 incorpora el derecho de superficie parcialmente, como superficie forestal o de silvicultura. Ello dio lugar a la discusión con

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina. Prof. Emérito por la Universidad del Salvador y Prof. de Derechos Reales, UNLP, Santa Rosa y Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Petit, Eugene (1961). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Ed. Albatros, p. 338.

(2) Así lo señala Girad en textos, pág. 836 y 837 citado por Petit en su *Tratado elemental de Derecho Romano* en pág. 338.

(3) Petit, Eugene (1961). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Ed. Albatros, p. 338.

(4) Iglesias, Juan (1958). *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ediciones Ariel, p. 353.

(5) Espín Canovas, Diego (1981). *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de derecho Privado, Vol. II, p. 406.

respecto al significado que se le debía dar al vocablo silvicultura, el que fue interpretado en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la concepción más amplia, debiendo quedar comprendido dentro de él, el de las plantaciones, teniendo de esta forma una aplicación más amplia dentro del territorio de nuestro país.

II. Naturaleza jurídica

Las antiguas teorías sobre el derecho de superficie son insuficientes para explicar las modernas aplicaciones de instituto como derecho real. Hoy nos encontramos que el derecho moderno ha evolucionado hacia una posición unívoca del derecho de dominio, sobre la antigua teoría de dos propiedades.

Primeramente enumeremos algunas de las distintas teorías con respecto a la relación jurídica con el suelo:

a) Teoría de la copropiedad: se le atribuye una copropiedad con el dueño del terreno. Teoría errada y limitada.

b) Propiedad horizontal: puede ser válido en países donde se utiliza este derecho para la propiedad horizontal como en Italia y Alemania.

c) Teoría de la servidumbre: considera el uso del sobresuelo como un derecho de servidumbre. Ejemplo de ello lo tenemos en la ley suiza del 16 de marzo de 1966 que modifica el artículo 779 c del Código Civil de dicho país y concibe este derecho como una servidumbre a favor de un tercero para construir sobre el suelo o subsuelo teniendo el derecho de conservar y utilizar lo edificado.

d) Teoría del usufructo: considera que el superficiario tiene un usufructo con características especiales.

e) Teoría que es un derecho real sobre cosa ajena y propiedad de lo edificado o construido (6). Esta teoría es la que nuestro Código Civil y Comercial, siguiendo a doctrinarios españoles, acepta en el artículo 2114 al establecer: "Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales".

Vemos que el código establece que en la superficie nos encontramos con un derecho sobre suelo ajeno y de una verdadera propiedad sobre lo plantado y edificado, con las más amplias facultades de usar gozar y disponer el superficiario de su derecho.

III. Modalidades

"Artículo 2115: Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo".

Siguiendo la postura del proyecto de 1998 el artículo 2115 del nuevo ordenamiento, recepta tanto la superficie agrícola como la urbana, pudiéndose constituir sobre construcciones o plantaciones existentes o futuras.

(6) Tesis que sostiene Espín Cánovas Diego (1981). *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de derecho Privado, Vol. II, p. 410.

IV. Emplazamiento

El artículo 2116 establece: “Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento”.

El derecho de superficie puede constituirse sobre el suelo de un inmueble en forma total o parcial sobre el mismo. También puede constituirse en el sobrevuelo de un edificio construido o sobre un edificio afectado a propiedad horizontal. En el caso que la extensión del inmueble afectado sea mayor a la necesaria para utilidad de la superficie ésta debe ser útil para su aprovechamiento. Ejemplo de ello sería en la forestal, la construcción de galpones para guardar las maquinarias, o construcción de las oficinas para la administración; en la urbana, podrían ser jardines para embellecimiento de lo que se va a construir, pero siempre ordenado a la utilidad de lo principal.

V. Duración

A diferencia del Proyecto de 1998 que establecía en el artículo 2018 una duración máxima de cincuenta años, el nuevo ordenamiento establece que la misma puede ser de cincuenta años para la superficie de plantaciones y forestaciones y para las construcciones de setenta años, los que se cuentan desde la adquisición del nuevo derecho real. Así lo establece expresamente el artículo 2117: “Plazos. El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos”.

VI. Constitución

El Código establece que solamente pueden constituir derecho de superficie los titulares de dominio, condominio y propiedad horizontal. Lo tenemos establecido en el artículo 2118: “Legitimación. Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal”.

En el caso de los condóminos deberá constar con la unanimidad de los mismos conforme lo dispone el artículo 1990. En el caso de la propiedad horizontal se requiere la unanimidad y la reforma del reglamento de propiedad donde conste la facultad de constituir el derecho de superficie para elevar. Entendemos que queda comprendido dentro del artículo 2052.

Puede constituirse por contrato en forma onerosa o gratuita, y transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte. Así lo establece el artículo 2119: “Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte”.

Prohíbe la usucapión de este derecho salvo la prescripción breve por razones de saneamiento del mismo, estableciéndolo la parte final de la norma en comentario: “No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

VII. Facultades del superficiario

El superficiario conserva la facultad de disponer material y jurídicamente su derecho siempre que no turbe al propietario. Ello surge del artículo 2123 ya que el artículo 2120 no lo relata expresamente, aunque del mismo ello se infiere.

También el superficiario puede constituir derechos reales de garantía sobre su derecho los que no deben pasar más allá del plazo máximo, lo que surge del artículo 2120: “Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el

derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie”.

También el superficiario puede afectar su derecho a la propiedad horizontal, pero el mismo no puede constituirse más allá del plazo de vigencia de la superficie. Así lo establece la segunda parte del artículo 2120: “El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

Claro está, en caso de una propiedad horizontal debe estar establecida esta posibilidad en el reglamento del consorcio originario. ¿Puede existir un consorcio arriba de otro? Por lo que dispone esta norma parecería que sí. Pero el reglamento del consorcio originario debe prever esa posibilidad porque deberían dejar pasar o acceder al consorcio superior. Pero la constitución de esta segunda propiedad horizontal está limitada en el tiempo, con un plazo máximo de setenta años.

VIII. Facultades del propietario

El propietario —a diferencia de la ley 25.509, artículo 4—, conserva sus facultades sin que pueda afectar al superficiario en el ejercicio de su posesión y sus derechos. Así, puede enajenar su propiedad, constituir derechos reales de garantía compatible con la superficie como la hipoteca, pero no la anticresis porque con ello afectaría el ejercicio de la posesión del superficiario. En el caso de aceptarse la anticresis estaríamos frente a una cesión temporal del cobro del canon.

El artículo 2121 establece: “Facultades del propietario. El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario”. Tiene su fuente en el artículo 2020 del proyecto de 1998, dejando de transcribir la última parte que decía: “Si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación”. Igualmente se entiende que el superficiario tiene para ello el remedio posesorio como la acción posesoria y real correspondiente.

IX. Subsistencia y transmisión de las obligaciones

A diferencia de la ley 25.509 que lo había omitido, siguiendo las pautas del artículo 2021 el artículo 2123 del nuevo ordenamiento establece: “Subsistencia y transmisión de las obligaciones. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales”.

Los aspectos fundamentales de la norma establecen:

a) La transmisión del derecho implica que se transmiten las obligaciones a cargo del superficiario al cesionario o adquirente. Como por ejemplo la obligación del pago del canon. Si el derecho de superficie está gravado con un derecho real de garantía ¿Se transmite la obligación pasivamente al adquirente? Se requiere la conformidad del acreedor para liberar al cedente. En caso que ello no se dé, el cesionario será deudor subsidiario (artículos 1632 y 1633). Si adquirió el derecho y no asumió la obligación principal su responsabilidad será solo con la cosa (artículos 2199 y 2200). En caso de ejecución deberá ser intimado de pago previamente el deudor original y luego el tercer poseedor o adquirente.

b) La renuncia, extinción por el no uso o abandono del derecho de superficie no libera de sus obligaciones legales o contractuales al superficiario, las que subsistirán con los mismos alcances en que se constituyeron. Son antecedentes de esta norma el artículo 2021 del proyecto de 1998 y el artículo 9 de la ley 25.509.

X. Destrucción de la propiedad superficiaria

El artículo 2122 del nuevo ordenamiento legal establece: “Destrucción de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo cons-

truido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar”.

En caso de destrucción de lo construido y forestado el artículo 2028 del proyecto de 1998 establecía un plazo común de diez años. La ley 25.509 en el caso de la superficie forestal o de silvicultura estableció un plazo de tres años en el artículo 7. En su naturaleza jurídica estamos frente a un caso de caducidad del derecho, en la 25.509 era legal y en el Código Civil y Comercial de la Nación permite modificarse por acuerdo de parte. La norma no distingue si existe completa libertad para modificar el plazo, es decir ampliarlo o reducirlo. Entendemos que hay libertad para pactarlo porque está regulado como norma reglamentaria en el sentido que actúa supletoriamente. En el supuesto que haya caducado el derecho por vencimiento del plazo, ¿podrán las partes de común acuerdo restablecer el mismo derecho? Como la caducidad es inexorable e inflexible, no rigen supuestos de suspensión ni interrupción, en ese caso el único saneamiento consistirá el reotorgamiento del acto.

XI. Extinción de la superficie

El Código Civil y Comercial establece en el artículo 2124: “Extinción. El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar”.

Analizaremos las distintas formas de extinción:

a) *Renuncia expresa*: la renuncia expresa debe efectuarse por escritura pública porque todos los actos de constitución, transmisión y extinción de derechos reales debe efectuarse mediante escritura pública conforme lo dispone el artículo 1017 inc. a).

Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores podrán éstos ejercer la acción de fraude del artículo 338 y siguientes, y en caso de quiebra podrá ejercerse las acciones del artículo 118 y 119 de la Ley de Concursos y Quiebras. La sentencia declarará la inoponibilidad del acto frente a los acreedores.

Si la renuncia esconde una simulación para perjudicar a terceros, podrá declararse la nulidad del acto, conforme lo establecen los artículos 333, 336 y 337 del nuevo ordenamiento.

b) *Vencimiento del plazo*: vencido el plazo el dominio se perfecciona a favor del propietario. El superficiario como poseedor se rebaja a tenedor produciéndose el constituto posesorio del artículo 1923 y deberá restituir el inmueble al propietario. Si no lo hace, éste podrá ejercer la acción de desalojo.

c) *Cumplimiento de una condición resolutoria*: cumplida la condición la superficie se extingue y se consolida el dominio a favor del propietario. Si el superficiario no acepta que se ha cumplido la condición resolutoria deberá solicitar su reconocimiento judicialmente. Los efectos de la sentencia serán retroactivos al día de su presentación.

d) *Extinción por el no uso*: como ya dijimos en el caso de destrucción de lo construido o forestado el no uso implica un caso de extinción del derecho y no de prescripción. Esta forma de extinción por el no uso no está afectada por la suspensión ni interrupción de la prescripción. Vencido el plazo se extingue inexorablemente el derecho y hasta pueden hacerla valer los acreedores porque beneficia el patrimonio del propietario como garantía y prenda común.

XII. Efectos de la extinción

Los efectos de la extinción los encontramos en el artículo 2125 el que dice: “Efectos de la extinción. Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento

del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido”.

a) La primera parte de la norma establece la aplicación del principio general que el propietario es dueño de lo construido, siempre que la extinción se produzca por vencimiento del plazo legal o convencional.

b) Pero si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continua gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Esto puede producir ciertas consecuencias jurídicas. Los titulares de derechos reales que graven la superficie podrán hacer valer sus derechos. Si existe hipoteca podrán ejecutarla como si no se hubiese consolidado el derecho con la propiedad. El adquirente explotará la superficie hasta el vencimiento del plazo. Lo mismo podrá ocurrir con cualquier otro derecho que grave el derecho de superficie.

Acreeedores quirografarios que han embargado la superficie: podrán hacer valer de la misma manera su derecho, si la extinción no fue por razones legales.

Renuncia anticipada antes del vencimiento por parte del superficiario: Si lo ha hecho con la intención de perjudicar a sus acreedores a través de la acción de fraude podrán oponerla los acreedores.

En caso de quiebra, sin perjuicio de la acción de fraude la quiebra a solicitud del síndico o de algún acreedor podrá ejercer las acciones de los artículos 118 y 119 que concede la acción revocatoria concursal para declarar la inoponibilidad de la misma.

Propietario del suelo: Si existen derechos reales que graven el suelo, estos podrán ejecutarse. Si ha habido consolidación del derecho de propiedad anticipadamente, podrán los titulares de dichos reales ejercerlos como si no hubiera consolidación del dominio.

Si son acreedores de derechos reales de garantía sobre el suelo y la ejecución de la garantía no lograre cubrir el crédito, sobre la superficie que intenta consolidarse podrán ejercer sus derechos crediticios conjuntamente con los demás acreedores del propietario del suelo, en principio a prorata.

Vencido el plazo legal o convencional, habiendo hipoteca sobre el suelo, ésta podrá ejecutarse y se subastará el inmueble en su totalidad y el acreedor hipotecario del suelo cobrará hasta el valor proporcional del suelo. Si existe construcción o plantación, de la misma tendrán derecho a cobrarse los acreedores quirografarios si los hay, y si el acreedor hipotecario no alcanzó a cubrir su crédito concurrirá también como quirografario y cobrará a prorata. Si no quedan acreedores quirografarios, deberá ser entregado el sobrante al deudor.

XIII. Indemnización al superficiario

El artículo 2126 establece un sistema de indemnización al superficiario, que dice: “Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores. En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

El nuevo ordenamiento prevé un sistema de indemnización al superficiario por las mejoras producidas en el inmueble. Al respecto, el sistema de valuación puede estar previsto en el acto constitutivo de la superficie.

Si no está previsto la norma prevé que se tomarán “los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

En el caso de plantaciones que se hayan realizado en cosechas anuales, como cereales, lo lógico hubiera sido descontar los gastos de la cosecha aun no realizada (gastos de siembra y recolección) y repartir las utilidades.

En el caso de forestaciones que generalmente son a diez años, deberían descontarse los gastos efectuados en la inversión del bosque cultivado, teniendo en cuenta que los bienes de uso no inmovilizados, como maquinarias, le quedan al superficiario. Deberían repartirse las utilidades, porque si se toma en cuenta los dos últimos años habrá un enriquecimiento sin causa a favor del propietario.

En caso de construcciones, si no realizó construcciones nuevas o mejoras en los dos últimos años el superficiario no se llevaría nada. Parece excesivo.

XIV. Normas subsidiarias (remisión al usufructo)

os artículos 2127 y 2128 regulan las normas subsidiarias: “Artículo 2127: Normas aplicables al derecho de superficie. Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo”.

Podemos mencionar dentro de estas normas supletorias, si no se encuentran modificadas en el acto de constitución, las siguientes:

1. **Destino:** es de aplicación el artículo 2145 en materia de usufructo el que reza de la siguiente manera: “Destino. El uso y goce por el usufructuario debe ajustarse al destino de los bienes del usufructo, el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho”.

En consecuencia, si en el acto por el cual se constituyó la superficie se encuentra determinado el destino habrá que ajustarse a la convención, si no hay nada pactado deberá estarse a la naturaleza de la cosa o en su defecto a al uso al cual estaba afectado. Ejemplo de ello sería en la superficie agrícola en donde en la convención no está establecido el destino y se dedicaba a la siembra no podrá establecer un horno para la fabricación de ladrillos o explotarlo como cantera.

2. **Mejoras necesarias:** si la convención de constitución nada dice con respecto a las mejoras necesarias, será de aplicación el artículo 2146 que establece: “Mejoras necesarias. El usufructuario debe realizar a su costa las mejoras de mero mantenimiento, las necesarias y las demás que se originen por su culpa. No están a su cargo las mejoras originadas por vetustez o caso fortuito. El nudo propietario puede exigir al usufructuario que realice las mejoras a las que está obligado aun antes de la extinción del usufructo”.

3. **Mejoras anteriores a la constitución:** la primera parte del artículo 2147 del usufructo dice así: “Mejoras anteriores a la constitución. El usufructuario no está obligado a hacer ninguna mejora por causas originadas antes del acto de constitución de su derecho”. Salvo convención en contrario, no hay duda que el superficiario no está obligado a pagarlo.

En cambio, sí es de aplicación supletoria la segunda parte de la norma que establece: “Sin embargo, el usufructuario que no recibe los bienes por su negativa a inventariarlos o a determinar su estado, debe pagar esas mejoras realizadas por el nudo propietario”.

Si el superficiario se niega a tomar la posesión en la fecha pactada incurriendo en mora, y el propietario se vio obligado a realizar las mejoras, deberá pagárselas porque esos gastos debió realizarlo por culpa del superficiario.

¿Es obligación realizar inventario? No es necesario, pero si se da en superficie con construcciones es conveniente que se determine el estado de los inmuebles.

4. **Tributos:** salvo pacto en contrario los impuestos y gastos están a cargo del superficiario. De este modo es de aplicación el artículo 2148 que dice así: “Impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes. El usufructuario debe pagar los impuestos, tasas, contribuciones y expensas comunes que afectan directamente a los bienes objeto del usufructo”.

5. **Perturbaciones, turbaciones y reclamos:** el superficiario debe comunicar al propietario cualquier tipo de reclamo desposesión o turbación al propietario. Por ello es de aplicación el artículo 2149 que reza de esta manera: “Comunicación al nudo propietario. El usufructuario debe comunicar al nudo propietario las perturbaciones de hecho o de derecho sufridas en razón de la cosa. Si no lo hace, responde de todos los daños sufridos por el nudo propietario”.

XV. Aplicación de las normas del dominio revocable

El artículo 2128 establece: “Normas aplicables a la propiedad superficiaria. Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título”.

Este artículo, que tiene su fuente en el artículo 2027 del proyecto de 1998, establece para el caso que el derecho de superficie se ejerza sobre construcciones, plantaciones o forestaciones existentes se aplican las normas de este título y las del dominio revocable en cuanto fueran compatibles. El dominio revocable se encuentra redactado en el nuevo ordenamiento entre los artículos 1965 al 1969. No todos los artículos del dominio revocable son de aplicación al derecho de superficie, por estar estos reglamentados en el Título VII del Libro Cuarto.

Analizando las disposiciones del dominio revocable nos encontramos que este puede constituirse a plazo resolutorio o condición resolutoria, conforme lo establece el artículo 1965. Esta norma dispone un límite en el tiempo si está sujeta a una condición resolutoria, al decir en su tercera parte: “Las condiciones resolutorias impuestas al dominio se deben entender limitadas al término de diez años, aunque no pueda realizarse el hecho previsto dentro de aquel plazo o éste sea mayor o incierto. Si los diez años transcurren sin haberse producido la resolución, el dominio debe quedar definitivamente establecido. El plazo se computa desde la fecha del título constitutivo del dominio imperfecto”. Este apartado no lo encontramos en el proyecto de 1998 ni en la ley 25.509 de superficie forestal o de silvicultura. La cuestión dudosa se plantea si es aplicable para el caso de constitución del derecho de superficie en el caso de forestación, plantación o construcción realizada. ¿Significa para estos casos una reducción de los plazos del artículo 2027 de 50 años para la forestación y plantación y de 70 años en los de construcción a diez años?

Con respecto a la readquisición por parte del propietario por haberse cumplido el plazo o condición resolutoria, el dominio lo adquiere libre de cargas debiéndose inscribir en el Registro de la Propiedad para que tenga efectos contra terceros (artículo 1968).

XVI. Supuesto de fraude o simulación

En el caso de fraude en la constitución de la superficie y dadas las condiciones legales, podrá ejercerse la acción de fraude o revocatoria contra el acto realizado y la sentencia tendrá efecto de declarar la inoponibilidad frente a los acreedores. Si se ejerce la acción revocatoria concursal de los artículos 118 (declaración de pleno derecho por haberse realizado un acto de disposición a título gratuito en perjuicio de los acreedores) y 119 de la Ley de Concursos y Quiebras será declarada la inoponibilidad frente a la quiebra.

En caso de cesación del estado falencial, sea por pago total o avenimiento, el acto cobrará nueva vida por haber cesado los efectos de la quiebra.

Distinto es el caso de la simulación, declarada la misma se decreta la nulidad del acto y este no puede renacer y quedarán borrados sus efectos.

XVII. Conclusiones

La superficie es un derecho real donde la propiedad se divide en dos: el superficiario que tiene la facultad de forestar, plantar o construir haciéndolo suyo, y el propietario que tiene la facultad de gozar y disponer libremente de su derecho.

El superficiario tiene la facultad de usar, gozar, es decir percibir los frutos naturales, industriales y civiles de su derecho como disponer y gravar su derecho.

El propietario no puede afectar ni turbar el derecho del superficiario tendiendo la protección de las acciones posesorias y petitorias.

La superficie no puede adquirirse por usucapión larga, la breve solo para consolidar su derecho.

La superficie es un derecho temporal, de cincuenta años para forestación y plantación, mientras que la otorgada para construir lo es hasta setenta años.

XVIII. Bibliografía

ESPÍN CANOVAS, Diego (1981). *Manual de Derecho Civil Español*. Madrid: Editorial Revista de derecho Privado, Vol. II.

IGLESIAS, Juan (1958). *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ediciones Ariel.

PETTIT, Eugene (1961). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Ed. Albatros.

Apreciaciones sobre el nuevo Código Civil y Comercial

POR ROBERTO HORACIO LAVIGNE (*)

Sumario: I. Prólogo. — II. El Código de Vélez y su reforma. — III. Artículos de los Códigos vigentes suprimidos. — IV. La falta de notas. La participación de colaboradores. — V. Sobre que “la mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad”. — VI. Análisis de algunas normas en particular. — VII. Examen detallado del articulado sobre “Títulos Valores”. — VIII. No se dictan normas para los Títulos Valores causales ni para los abstractos. No se derogan las leyes especiales sobre Títulos Valores. — IX. Sobre la cuenta corriente bancaria. — X. Sobre el artículo 2º. Crítica iusfilosófica. — XI. Epílogo. — Anexo I. — Anexo II.

I. Prólogo

1.1 Pretendo formalizar reflexiones sobre el nuevo Código desde una perspectiva objetiva, científica y profesional, alejada de otro tipo de connotación, como me lo impone mi vocación ciudadana y de estudioso del derecho por más de cincuenta años.

Pero antes de dar un solo paso en esa dirección dejo expresado con énfasis una realidad que denota un sesgo despótico (no creo que haya sido por acidia) en la aprobación de la dicha reforma: de las audiencias celebradas en diversas ciudades de distintas provincias del país (1), en las que se presentaron más de 1800 ponencias, que observaban o propugnaban enmiendas al proyecto del Gobierno, NINGUNA HA SIDO RECEPTADA O TENIDA EN CUENTA.

A modo introductorio en los puntos siguientes de este prólogo, haré una sintética referencia a algunos temas en particular de la Reforma. En otros aspectos, a partir del acápite II, formularé aco- taciones específicas, con el deseo de brindar un apoyo inicial al intrincado, complejo y largo abor- damiento integral, que nos depara el nuevo Código.

1.2. Capacidad

En esta visión resumida y genérica, comenzaré por consignar que pese a que se anunció un cambio en lo atinente a la *capacidad* fijando el principio de que la capacidad es la regla general, ello no es así

(*) Prof. extraordinario consulto de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

(1) Salón Azul del Honorable Senado, sito en Rivadavia 1850, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Honorable Legislatura de Tucumán, sito en la calle Muñecas 991, San Miguel de Tucumán, provincia de Tucumán. La Universidad Nacional de Rosario, Sede de Gobierno, sito en Maipú 1065, Rosario, provincia de Santa Fe. Edificio del Rectorado de la Universidad Nacional de La Plata, sito en calle 7 entre calles 47 y 48, ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires. Provincia del Neuquén. Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, sito en la calle Salta 459, ciudad de Corrientes, provincia de Corrientes. Universidad Nacional de Córdoba, Salón de Actos, Pabellón Argentina, Planta Baja, sito en Av. Haya de la Torre s/n, Ciudad Universitaria, ciudad de Córdoba, provincia de Córdoba. Teatro Municipal sito en Alsina 425, ciudad de Bahía Blanca. Paseo Cultural Castro Barros “Salón Princi- pal Coty Agost Carreño”, ubicado en Pelagio B. Luna 750 —esquina Catamarca—, provincia de La Rioja. Salón Vialidad Nacional, sito en calle Presidente Illia y Falucho, ciudad Capital San Luis, provincia de San Luis. Universidad Nacional de La Matanza, sito en Florencio Varela 1903, San Justo, provincia de Buenos Aires. Calle Hipólito Irigoyen 18, Mar de Ajo Partido de La Costa, provincia de Buenos Aires. Palacio Legislativo, sito en la calle Mitre 550, Salta Capital, provin- cia de Salta. Tierra del Fuego. Centro del Conocimiento, sito en Av. Ulises López y Ruta 12 —acceso Oeste—, Posadas, provincia de Misiones -Anexo I: Final de notas (1 bis)-.

porque la misma pauta legal rige en el actual artículo 52 del Código Civil —CCiv.—. Éste dispone que “las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. *Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces.*”

Por ello el nuevo Código no hace más que confirmar al vigente con algunas especificaciones.

Así deja asentado que “toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. *La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados*” (artículo 22) y que “toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, *excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial*” (artículos 23 y 31).

1.3. Apellido

En lo que concierne al apellido de los hijos, a mérito de las normas actuales relativas al matrimonio de personas del mismo sexo, el Código ha variado.

La innovación es evidente que complicará una práctica inveterada de nuestra sociedad, que ya se había actualizado con la posibilidad del doble apellido, para que se conservara también el de la madre.

Ahora al apellido de los hijos se lo consagra como “derecho-deber” en los artículos 62 y 63 y además se legisla que “el hijo matrimonial lleva *el primer apellido de alguno de los cónyuges*; en caso de no haber acuerdo, se determina *por sorteo* realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado *con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro*. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos. El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño” (artículo 64).

Colijo que se complica una temática que en la actualidad no presenta mayores conflictos.

Por otro lado, no es imaginable que las partes y sus asesores letrados, lleguen a un punto tal de tozudez, que en lugar de llegar a un acuerdo extrajudicial (o realizar en sus casas un sorteo...) recurran a ese fin al *Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas*.

Se advierte que la expresión “*o del interesado con edad y madurez suficiente*” tiene el grado de vaguedad e indeterminación suficiente, como para que no se sepa *ab initio* quién o quienes determinarán ese “*grado de madurez suficiente*” y mediante qué procedimiento. Hay una certeza: el Registro no cuenta ni con medios ni con competencia para hacerlo. Pero como se proyecta derogar la ley 18.248 de Registro del Estado Civil, *se supone* que se dictarán nuevas disposiciones al respecto, que contemplen las reformas.

Ahora se alude en varios artículos al “*grado de madurez*” de los menores (por ej., artículos 639, incs. b) y c), y 661, inc. b)).

Entiendo que cuando el artículo 642 u. p. hace referencia al desacuerdo entre los progenitores y le confiere al juez facultades suficientes para “ordenar **medidas de intervención interdisciplinaria** y someter las discrepancias a mediación” está dando una orientación específica, de la forma que se puede obtener un dictamen idóneo para adjudicar o no, ese grado de desarrollo.

Ésta es una pauta que excede el ámbito estrictamente jurídico, y que la opinión, por ejemplo, de especialistas en niños en las distintas ciencias será de consulta imprescindible.

Pero es mi opinión que estamos frente a una innovación más para el conflicto o controversia que para la certeza.

1.4. Uniones convivenciales

En otro ámbito, no cabe duda de que las uniones de parejas que han recurrido a vivir juntos sin unirse en matrimonio para sentirse libres de “ataduras legales”, no lo estarán tanto con la reforma.

Así el artículo 509 (Título III, “Uniones convivenciales”) dispone: “Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.” A ello se agregan el artículo 511: “*Registración*. La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente. La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes”; y el artículo 512: “*Prueba de la unión convivencial*. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia”.

1.5. Alimentos

En lo atinente a los deberes de los progenitores a prestar alimentos a los hijos, se lo ha llevado hasta los 21 años, o hasta los 25, si éstos se encuentran estudiando y no tienen otros medios (artículos 662/63).

Trataremos más adelante en forma especial, la llamada “*responsabilidad parental*” y la supuesta “*desaparición de la patria potestad*” en el concepto vigente.

Siguiendo con el aspecto alimentario se innova acertadamente al otorgarle a la mujer embarazada el derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto, *si prueba sumariamente la filiación alegada* (artículo 665).

1.6. Adopción

Se prohíbe la entrega directa de niños (pueden encubrir la compra de ellos) del siguiente modo: “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño (...)” (artículo 611).

1.7. Matrimonio

En atinencia al matrimonio se modifican los artículos 198/200 del Código Civil actual, *eliminando el deber de convivir* ambos cónyuges en una misma residencia familiar, elegida de común acuerdo, que contiene las flexibilizaciones del artículo 199.

Además el deber jurídico de mutua fidelidad se ha transformado en un “*deber moral*” y se mantiene el deber de asistencia, agregándose el de “cooperación” en el proyecto de vida común. Así el artículo 431 indica: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca” (artículos 432 y ss.).

Como el deber jurídico de mutua fidelidad se ha derogado y además se instaure la posibilidad de que el divorcio se obtenga por exclusiva voluntad de uno sólo de los cónyuges, *se han eliminado las actuales causales específicas para obtener la disolución del vínculo matrimonial (artículo 202 del CCiv., ley 23.515)*.

Así el artículo 437 en punto a legitimación establece: “El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos *o de uno solo de los cónyuges*. Sólo se requiere acompañar “una propuesta que regule los efectos derivados del mismo” y se aclara que “*en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio*” (artículo 438).

Es el muy publicitado como “divorcio exprés”, que en definitiva —de alguna forma— se hace cargo de las diversas prácticas tribunales para evitar las invariablemente infructíferas audiencias conciliatorias.

También es novedosa la regulación de un “*deber moral*” insertado en una norma jurídica, como lo hace el artículo 431 cuando instituye “*el deber moral de fidelidad*”.

Llevó muchos años y arduas disputas a la Filosofía del Derecho, (Ontología) determinar los caracteres esenciales del objeto del Derecho y su diferencia con el de la Moral.

A partir del gran maestro italiano Giorgio del Vecchio, el tema quedó despejado y podemos decir que el precepto Moral enfrenta al sujeto consigo mismo, pero en el campo del ser; de lo que se debe hacer o no se debe hacer.

En la Norma jurídica, se referencia a un sujeto que enfrenta con su conducta a otro (la llamada *interferencia intersubjetiva*) pero en el campo del “deber ser” en el cual, *si se cumple una conducta jurídicamente disvaliosa, con respecto a otro, debe ser una consecuencia lo que “latu sensu” llamamos sanción* (norma primaria y secundaria). Es decir que las normas jurídicas reglan derechos y facultades, deberes y obligaciones, entre sujetos cuyas conductas se interfieren.

Cabe afirmar entonces que es impropio de una norma jurídica atribuir un *deber moral, en el orden privado* porque ese es un campo de Libertad (el individuo y su conciencia, frente al deber moral) que como tal protege la constitución al establecer (artículo 19) que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Llámela como quiera el Reformador, *la infidelidad* (ruptura del llamado “*deber moral*” [sic] de fidelidad) es una conducta disvaliosa que interfiere entre dos sujetos y al ofendido esa conducta, lo perjudica moral, psíquica y en casos hasta materialmente.

El nuevo texto, *podrá suprimirla como causal de divorcio, pero no podrá impedir las acciones que el orden jurídico otorga al ofendido contra el ofensor, por los daños de todo tipo que su inconducta le ocasione, especialmente cuando la misma haya trascendido en el ámbito de actuación del matrimonio o haya sido escandalosa.*

En tal sentido serán aplicables el artículo 1716: “Deber de reparar. La violación *del deber de no dañar a otro*, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código” y el artículo 1717, que a su vez establece: “El Antijuridicidad.

Cualquier *acción u omisión que causa un daño a otro* es antijurídica si no está justificada” (2)

Es decir que se implantan claramente principios rectores en la materia similares a los vigentes.

1.8. En otras áreas se legisla sobre contratos que, o no están normados en los Códigos Civil o Comercial o no había leyes especiales a su respecto o se las actualiza o modifica. Otros supuestos se regían por los usos y costumbres en las operativas financieras, bancarias o bursátiles.

Así, encontramos normas específicas para relaciones contractuales como: El Contrato de *Consumo* (artículos 1092 y ss.) los celebrados por *Utilización de medios electrónicos* (artículo 1106) y sus *Cláusulas abusivas*.

En el Capítulo 12 se trata a los Contratos bancarios y contiene en su Sección 1ª Disposiciones generales para todos los contratos de este tipo (artículos 1378/1379) *en la Sección 2ª, de los Contratos bancarios: de Depósito bancario (artículo 1390), Depósito en dinero (artículo 1391), Depósito a la vista (artículo 1392), Depósito a plazo (artículo 1408), Préstamo bancario (artículo 1408), Descuento bancario (artículo 1409; Apertura de crédito (artículo 1410), Servicio de caja de seguridad (Prueba de contenido. La prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio, 1413/1417); Custodia de títulos (artículos 1418/1420); Contrato de factoraje (artículos 1421/28); Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio (artículo 1429); Contratos asociativos (Sección 1ª Disposiciones generales 1442/47); Negocio en participación (artículos 1448/52); Agrupaciones de colaboración (artículos 1453/62); Consorcios de*

(2) Ver también los artículos 1721, 1737 y 1738, y 1740 y 1741 del nuevo Código Civil y Comercial.

cooperación (artículo 1470) Agencia (artículo 1479); Franquicia (artículo 1512); Contrato de arbitraje (artículo 1649); Fideicomiso testamentario (artículos 1699/70).

Asimismo se incorpora como causa de las obligaciones a la “*Declaración unilateral de voluntad* (artículo 1800) y dentro de ella al “*Reconocimiento y promesa de pago*”(artículo 1801), a la “*Carta de Crédito*” (artículo 1802), la “*Promesa pública de recompensa*” (artículos 1803/06), el “*Concurso público*” (artículos 1807/09, las “*Garantías unilaterales*” (artículos 1810/15) y también los *Títulos valores* (pese a que con un error metodológico lo trata en Capítulo aparte, como explicaremos al estudiar este tema más adelante, punto III. 2.).

En lo que concierne a los Derechos reales, se prevén disposiciones especiales sobre los “*Conjuntos inmobiliarios*” (artículos 2073/86), el “*Tiempo compartido*” (artículos 2087/2102), los “*Cementerios privados*” (artículos 2103/13) y el derecho de “*Superficie*” (artículos 2114/28).

1.9. *Legítima*. En el ámbito de las sucesiones, entre otras novedades, se ha variado en forma importante la porción legítima de los herederos forzosos estableciendo en el artículo 2445 que la parte indisponible a favor de los descendientes se reducirá a los dos tercios (2/3), la de los ascendientes a un medio (1/2) y la del cónyuge a un medio (1/2). Esto genera una mayor facultad de disposición del testador, que por contrapartida implica la reducción de la porción legítima de los llamados herederos forzosos o legitimarios, como dejo referido. En la actualidad sólo se puede disponer libremente por vía testamentaria del 20% (1/5) del total de los bienes del testador, el resto le corresponde a los legitimarios. Estos no pueden ser privados de ese derecho (o porción indisponible) sin una justa causa de desheredación.

1.10. *Donaciones*. Ha existido una desprolijidad en el tratamiento de las mismas, que se produce al legislar en los artículos 1565 (donaciones inoficiosas), 2385 (personas obligadas a colacionar) y 2386 (donaciones inoficiosas), que llevaron en su momento a que se objetara el Proyecto, sin éxito alguno.

Se afirmaba que las mismas podían “sacar” del mercado inmobiliario a todos aquellos bienes inmuebles, cuyos títulos de dominio se originen en donaciones, si se considerara que no son “títulos perfectos”. No comparto esa preocupación.

En mi opinión, entre cónyuges y descendientes se siguen colacionando y reduciendo valores y no se afectan la titularidad del dominio de los bienes motivos de la donación, conforme a la doctrina y jurisprudencia imperante al respecto y a lo establecido en los artículos 2385/86, 2396.

1.11. *Prescripción liberatoria*. Destaco que en la “Sección 2ª Plazos” se innova acortando el término genérico de 10 años que rige en la actualidad para la prescripción liberatoria de toda acción personal (artículos 4023).

Así se establece que el *plazo de prescripción genérico es de cinco [5] años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local (artículo 2560)*.

La última parte que expresa “excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local” podrá reabrir el debate sobre la prescripción que le corresponde aplicar a los tributos, cuya competencia corresponda a las provincias.

En cuanto a plazos especiales, subrayo que “el reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales infligidas a personas incapaces prescribe a los diez [10] años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres [3] años (artículo 2561).

1.12. *Caducidad de los derechos*. Es novedoso el capítulo que se dedica al tema citado en los artículos 2566/72, dando valor normativo a la jurisprudencia y doctrina mayoritaria imperantes, que la diferenció de la prescripción, en tanto la caducidad, “extingue el derecho no ejercido en forma oportuna” (artículo 2566) y en que sus plazos no “se suspenden ni interrumpen”, salvo disposición legal en contrario (artículo 2567).

El TÍTULO IV contiene agrupadas “*Disposiciones de derecho internacional privado*” tanto en lo referido a la colisión de normas, a la Jurisdicción Internacional y Prescripción (artículos 2594/2671).

1.13. *Normas derogadas, leyes que actualmente integran el Código Civil y se mantienen. Disposiciones complementarias y transitorias.* La ley que sanciona el Nuevo Código unificador es la 26.994, que fue promulgada el 7 Octubre de 2014 y publicada el 8 del mismo mes de 2014.

Por su artículo 1° aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación que como Anexo I integra esa ley y por el 2° hace lo propio con el Anexo II y se dispone la sustitución de los artículos de las leyes indicadas en el mismo, por los textos que para cada caso se expresan.

Por el artículo 3° **se derogan** las siguientes normas: a) Las leyes 11.357, 13.512, 14.394, 18.248, 19.724, 19.836, 20.276, 21.342 —con excepción de su artículo 6°—, 23.091, 25.509 y 26.005; b) La Sección IX del Capítulo II —artículos 361 a 366— y el Capítulo III de la ley 19.550, t. o. 1984; c) Los artículos 36, 37 y 38 de la Ley 20.266 y sus modificatorias; d) El artículo 37 del Decreto 1798 del 13 de octubre de 1994; e) Los artículos 1° al 26 de la ley 24.441; f) Los Capítulos I —con excepción del segundo y tercer párrafos del artículo 11— y III—con excepción de los párrafos segundo y tercero del artículo 28— de la ley 25.248; g) Los Capítulos III, IV, V y IX de la ley 26.356. Por el artículo 4° se Deroga el Código Civil, aprobado por la Ley 340, y el Código de Comercio, aprobado por las Leyes 15 y 2.637, excepto los artículos 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5, que se incorporan como artículos 631 al 678 de la ley 20.094, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a reenumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes.

Mediante el artículo 5° se dispuso que “las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el artículo 3° de la presente ley, **mantienen su vigencia** como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1° de la presente”. Asimismo establece que “toda referencia al Código Civil o al Código de Comercio contenida en la legislación vigente debe entenderse remitida al Código Civil y Comercial de la Nación que por la presente se aprueba (artículo 6°) (3).

La entrada en vigencia se previó originariamente para el 1° de enero de 2016, pero veremos fue anticipada por ley posterior.

Se han establecido como **disposiciones complementarias** de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: *Primera.* “En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Si la conversión se solicita de común acuerdo, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve, sin trámite alguno, con la homologación de la petición. Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres [3] días. La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación”. *Segunda.* “Se consideran justos motivos y no requieren intervención judicial para el cambio de prenombre y apellido, los casos en que existe una sentencia de adopción simple o plena y aun si la misma no hubiera sido anulada, siempre que se acredite que la adopción tiene como antecedente la separación del adoptado de su familia biológica por medio del terrorismo de Estado”. (Corresponde al artículo 69 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por el artículo 9° se establecen como **normas transitorias** de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: *Primera.* “Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial”. (Corresponde al artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación). *Segunda.* “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”. (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación). *Tercera.* “Los nacidos antes

(3) Ver en el Anexo del presente, como expuse en una publicación, del año 2012, que se había omitido esta norma.

de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.” (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación). *Cuarta*. “La responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial.” (Corresponde a los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de Nación).

1.14. Reforma sobre la entrada en vigencia. Por la Ley 27.077 (promulgada el 18 de diciembre de 2014) se sustituye el artículo 7° de la 26.994, y se establece que el nuevo Código comenzará a regir el 1° de agosto de 2015. Fue la Cámara de Diputados la que con su aprobación, convirtió en Ley el adelantamiento de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial para el 1° de agosto de 2015, en vez del 1° de enero de 2016 que establecía la anterior normativa. El proyecto fue aprobado por 130 votos positivos, contra 93 negativos.

Creo oportuno reiterar la crítica que formulara en el año 2012, referida a la innecesaria urgencia de tratamiento y puesta en vigencia.

Expresé: “A la crítica que formulé, respecto a que no hay constancias de cuáles son las normas vigentes que han sido acogidos en el Anteproyecto, las modificadas y las suprimidas sin legislar al respecto, sumadas a las que expuse respecto a la falta de notas o citas de las fuentes del articulado, debe agregarse el injustificable plazo que se proyecta para que las reformas entren en vigencia. El artículo 7° dispone que entre en vigencia a los 180 días de su publicación. Por las razones enumeradas, por las novedades que se incorporan, algunas en áreas sociales muy sensibles, el plazo es absurdo e **innecesariamente** breve. Se sumará a ello la falta de un debate de fondo esclarecedor por las restricciones temporales que se le ha impuesto por el Ejecutivo (en forma inconstitucional) a la Comisión Bicameral.

Obsérvese solamente un aspecto de la cuestión.

La reforma implica variantes de fondo en no menos de 8 disciplinas o asignaturas de la currícula de las Facultades de Derecho (pueden ser más o menos según los programas de cada una).

Pero lo cierto es que para el actor principal, los jueces en particular y la estructura del Poder Judicial en general, que en 180 días deberán aplicar las nuevas normas, resulta imponerle una tarea con una premura innecesaria, sin justificación y seguramente **sin beneficio para nadie**.

Ello sin contar la carga que reciben los abogados, en su perentoriedad de actuación en el foro.

Ese plazo debe ser ampliado”.

II. El Código de Vélez y su reforma

El Código del ilustre Vélez —el más brillante codificador de América en su tiempo, que legisló pensando en el futuro de su país— se aprobó hace casi 150 años a libro cerrado.

En los tiempos de Vélez, cuando se le confiere el encargo, las circunstancias fueron muy disímiles con las actuales.

Se necesitaba con urgencia conferirle unidad y armonía a la legislación civil casi inexistente y desperdigada en leyes vigentes en el territorio argentino.

Era forzoso afianzar la emancipación política a través de la independencia legislativa y la unidad nacional. El Código adquiriría supremacía sobre las legislaciones provinciales, conforme a la reunificación nacional y a la vigencia de la Constitución reformada con la participación del Estado de Buenos Aires, a la sazón provincia incorporada.

En la actualidad se puede afirmar, que no existían razones de esa naturaleza, ni tampoco urgencias de ningún tipo.

Nada impedía que el Congreso se tomara el tiempo necesario para el estudio y aprobación de un nuevo cuerpo jurídico unificador de las legislaciones civiles y comerciales.

Salvo que se aspirara a la rapidez por razones menores, por motivos políticos o de militancia y que no tienen en miras, exclusivamente, el bien común.

Un Código unificador de materias tan vastas como las civiles y comerciales, es una ley de carácter fundamental, y por tanto, la más cercana a la Constitución.

Se aspira por tal razón, a la permanencia de tal tipo de normas. Las otras leyes comunes en cambio, se hacen cargo de la proteica actualidad y se reforman o derogan con otras perspectivas.

Se trata de dotar al país de una legislación moderna, actualizadora, unificada y que se haga cargo de ausencias normativas, motivadas por la evolución social, por novedosas tecnologías o actualizaciones sustanciales.

No ha existido razón alguna para actuar precipitadamente como lo ha efectuado el Órgano Deliberante por excelencia, que en este caso dejó de serlo.

Es suficiente que se dicte, aunque se demore.

Contrariamente a nuestra perspectiva de la vida, no fuimos optimistas en cuanto a que dicho cuerpo legislativo, cumpliera con una tarea revisora profunda, sin ligerezas y escuchando opiniones valorables, además de los impulsores de la reforma.

Finalmente, aunque no es el espíritu ni la finalidad de este estudio, me resulta insoslayable puntualizar mi más vehemente rechazo a las manifestaciones de una de las civilistas que participó en la reforma, que sin fundamento alguno expresó lo que para mí es un verdadero exabrupto, al decir que “el Código de Vélez estaba pensado para el hombre blanco, con cierto poder económico, con buena salud, educado. Era un código oligárquico. El nuevo Código piensa en todos los demás, en los viejos, en los niños, en los vulnerables, en los aborígenes. Ahora son los tiempos de los vulnerables. Hemos dado vuelta todo”, subrayó la vice del máximo tribunal”.

Y lo más penoso es que sospecho que todo lo que ha llegado a saber la dicente tiene como base la erudita sabiduría de Vélez, y su maravilloso legado de ciencia jurídica que nos dejó hace más de un siglo y medio, con los Códigos Civiles y Comerciales.

Por otro lado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación necesitó para ver la luz casi 100 colaboradores explícitos y no se saben cuántos asesores y correctores de la Comisión, del Ejecutivo y de cada participante, cuyas ideologías no permite saber “en que está pensada” la nueva legislación.

Las críticas que formulo en este estudio, me eximen de mayores comentarios.

III. Artículos de los Códigos vigentes suprimidos

En otro orden de ideas, existe una circunstancia que no coadyuva ni a la labor del Legislativo ni a la de los futuros intérpretes en general.

Hubiera sido un aporte muy valioso e inestimable, si en los Fundamentos se hubiera dejado constancia, de cuáles eran los artículos del Código Civil y del Código de Comercio que han sido acogidos en el Anteproyecto. Se debió mencionar además, los que lo fueron con modificaciones y en qué casos han sido suprimidos totalmente, y sin legislar al respecto (en el punto siguiente se amplía la crítica desde otro punto de vista).

IV. La falta de notas. La participación de colaboradores

La Comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, al presentar el “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” también expusieron lo que denominaron sus Fundamentos

Allí se detallan tanto el método como los principios que manifiestan inspiraron su trabajo, resaltando que ha sido inestimable la participación de todos los que han colaborado con su labor, cuyos nombres constan en el anexo del mismo.

De dicha lista se desprende que alrededor de **94** son reconocidos juristas argentinos, a los que se suman **3** que son extranjeros.

Lamentablemente, no se ha entendido importante o necesario, hacer conocer en qué aspectos se brindaron o concretaron dichas colaboraciones.

Sabemos que un sinnúmero de ellas, formaban parte del articulado del Anteproyecto, devenido en Ley de la Nación.

Hubiera sido un aporte significativo y de suma utilidad para la distinta gama y nivel de operadores jurídicos —y para los abogados en particular— poder consultar los antecedentes doctrinarios y de diversa índole que esos juristas confrontaran al respecto de sus colaboraciones; las fuentes respectivas y en su caso si acompañaron fundamentaciones.

Esta crítica se potencia si tenemos en cuenta que la Comisión ha dejado sentado que “por unanimidad hemos decidido no incluir notas”.

Por ello sólo se contará para el análisis y estudio directo de lo proyectado, con los fundamentos que en general se exponen para cada temática que consisten —en la mayoría de los temas— en el relato de las normas plasmadas. Por lo demás, es asidua la referencia al Anteproyecto de Unificación de 1998, que tampoco tenía citas de fuentes ni de notas.

Era provechoso que se dejaran constancias, sobre las fuentes de cada articulado y en su caso el artículo del Código Civil, Comercial o de la ley derogada, que se reproducía o se modificaba. Vélez, en solitario, nos legó infinidad de notas que hicieron al acervo cultural y científico, de los juristas durante muchas generaciones.

Reitero que su ausencia será más notable si se llegara a adelantar su vigencia, como ha acontecido.

En apoyo de la crítica objetiva que acabo de realizar, corresponde que traiga a colación, la parte pertinente, de la carta enviada al entonces Sr. Ministro de Justicia de la Nación —ver diario de la revista *La Ley* del 7 de mayo de 1999— por el Dr. Augusto César Belluscio, con motivo de la elevación del Anteproyecto de 1998, citado en repetidas oportunidades —como dijimos— por los Fundamentos del Anteproyecto.

Es de hacer notar que ese miembro de la Comisión Honoraria citada, junto con los Doctores Antonio Boggiano, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci y Eduardo Antonio Zannoni, no signaron el Anteproyecto aludido.

El mencionado jurista manifestó su disidencia con lo elaborado y firmado por la mayoría de la Comisión, y la fundó en que “el Anteproyecto es incompleto, pues debería comprender la totalidad del derecho civil y comercial; *las reformas carecen de fundamentación, al haberse proyectado normas que se apartan de la tradición Argentina y no citarse fuentes ni notas* **Se impone de esta manera, un gran esfuerzo para determinar cuáles son las soluciones del Código vigente que han sido mantenidas, cuáles suprimidas y cuáles modificadas o no**”.

V. Sobre que “la mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad”

Por el mismo motivo de falta de debates Parlamentario o recepción de las críticas formuladas en dicho ámbito o en las Audiencias Públicas llevadas a cabo en el País, me permito poner en duda la

afirmación que realizara la Comisión en el sentido que “la mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad”.

Por otra parte la Comisión tampoco ilustra el modo en que se ha auscultado u obtenido ese “consenso” en temas tan arduos, complejos, trascendentes y en algunos casos de delicado nivel técnico, como son la mayoría en los que innova la unificación. A simple título de muestra y sin deseo exhaustivo, menciono lo normado en el Título I Sección 2ª **Proceso de divorcio**; Sección 3ª **Efectos del divorcio**; en el Título II **Del régimen patrimonial del matrimonio y su Forma** (artículo 448); Título III **Uniones convivenciales**; Título V **Filiación, Parentesco** (artículo 599); entre otros de relieve. Es más, en el acápite de los Fundamentos cuando desarrolla el título “Código para una sociedad multicultural”, los redactores han debido asumir que “en materia de familia se han adoptado decisiones importantes” y que “ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas”.

Esto deviene que hay una legislación preexistente que sólo ha logrado una mayoría parlamentaria militante, obviando el consenso social o comunitario como debe ser la Legislación en estos aspectos de fondo o que hacen a instituciones bases.

Según publicaciones oficiales, el Poder Ejecutivo —PE— al presentar el Anteproyecto sostuvo que “es imposible resolver los problemas del siglo XXI con textos del siglo XIX, porque no tiene absolutamente nada que ver con lo que está pasando”.

La realidad —única verdad— demuestra que los Códigos Civil y de Comercio, han permitido dictar hasta la actualidad fallos —en todos los niveles— adecuados a los contextos sociales y comunitarios y a sus necesidades.

Es obvio aceptar que han aparecido, en este casi siglo y medio, y más aún en las últimas décadas, nuevas problemáticas muy sensibles al cuerpo social, todo tipo, que justifican su actualización.

Pero no porque los principios y normas de ambos cuerpos legales en lo legislado y en las leyes que los complementan, hayan quedado desvirtuados totalmente, lo que resalta la calidad cultural, científica, humana y técnica de quienes las produjeron y de sus reformadores.

En definitiva, los Códigos se dictan para lo que tiene carácter de permanencia y están más cercanos a la Ley Fundamental. Las leyes se ciñen o receptan más a los requerimientos evolutivos de la actualidad.

Los Código que se reforman no son sólo de Vélez y de Vélez y Acevedo. Se derogará también el trabajo fecundo y de largo alcance de grandes maestros y publicistas, como Colmo, Spota, Galli, Salvat, Morello, Lafaille, Busso, Yadarola, Héctor Cámara, Quintana Ferreyra, Rebora, Fornielles, Molinario, Fassi, Malagarria, Zavala Rodrigues, Machado, Llerena, Segovia, Orgaz, Llambías, Borda, Raymundo Fernández, Acuña Anzorena entre otros muchos y miles de profesores, juristas abogados y jueces y tribunales de todo el País.

VI. Análisis de algunas normas en particular

Como otra forma de poner énfasis en la necesidad de que tanto el Anteproyecto, como el Proyecto definitivo, se sometieran a un estudio de fondo, meditado y sereno, examinaré también a modo de enunciados, unos pocos casos en particular, en forma previa al análisis más pormenorizado de aspectos comerciales, como se verá en los próximos títulos del presente.

VI.1. Sobre el artículo 1º

En el inicio de este abordaje he encontrado normas que me han producido cierta perplejidad, como por ejemplo, el artículo 1º.

Dispone que “los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte”.

Se trata de una declaración enunciativa, impropia de un Código Civil y Comercial en un Estado de Derecho.

El debido proceso judicial, que garantiza nuestra Carta Fundamental, trata e impone precisamente, que el juez declare que normas son las aplicables a los hechos controvertidos en cada caso en particular.

Jurídicamente esto es una obviedad.

Lo es también enunciar —innecesariamente por cierto— que para todos los ciudadanos y para el Poder Judicial en especial, rige la pirámide jurídica del llamado “nuestro Orden Jurídico Constitucional”.

Está plasmado por los artículos 5º, 31, 33, 121, 123, normas que prescriben: “El debido proceso legal” que en un conjunto armónico, consagra la obligatoria aplicación sistemática de la Constitución Nacional, a partir de lo dispuesto por las declaraciones, derechos y garantías de la misma, a los Tratados aprobados por Leyes de la Nación, a las Leyes que en su consecuencia se dicten, y las que reglamentan el ejercicio de esas normas de la Ley Fundamental.

Si un juez en un caso particular sobre cualquier temática de derecho, no sólo en lo Civil y Comercial, dictara una Sentencia que fuera contraria a las leyes aplicables, a la Constitución o a los Tratados ratificados por nuestro País, dejaría abierta las vías recursivas ordinarias o extraordinarias —según el supuesto— a las que habilitan las leyes procesales en vigencia para estos casos (poder reservado de las provincias) y en determinados supuestos, la ley 48.

Lo establezca o no el Código u otras leyes, prima siempre la Constitución y el Orden Jurídico, por ella implantado, en cualquier conflicto judicial.

Es a lo que se recurre habitualmente en los diversos procesos judiciales. Se obtendrá la revocación de la Sentencia así dictada —sin necesidad alguna del artículo comentado— como ocurre en la actualidad y ocurrirá en el futuro, aún para actos no regidos —como decimos— por el Código Civil y Comercial y que no contenían dicha previsión.

Igualmente resulta una indicación carente de sentido el párrafo que contiene el mismo artículo y que dice: “A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso”.

¿Y si el juez no lo hace?

¿Y si no existe jurisprudencia (fallos repetidos concordantes) sobre el caso en examen o ni siquiera existen fallos aislados (que no son jurisprudencia)?

¿Cuál es el efecto de esta disposición?

Ninguno, si el fallo se encuentra debidamente fundado en ley o norma aplicable.

No estamos en el régimen Anglosajón.

Precisamente esa es la principal diferencia de dicho régimen, con el nuestro que es el del Derecho Positivo: En el derecho anglosajón y en los recipiendarios del mismo, rige la institución del “precedente judicial obligatorio” como regla de derecho.

Sistema que tiende a preservar el “statu quo” social.

En el derecho anglosajón los jueces están obligados a resolver los casos que se les presenten ateniéndose a las soluciones de sentencias dictadas anteriormente en casos similares. Tanto por sus superiores jerárquicos (*stare decisis* vertical), como por jueces de la misma jurisdicción incluidos ellos mismos (*stare decisis* horizontal).

En nuestro sistema como es sabido, los jueces aplican normas, leyes del Derecho Positivo (tema sobre el que volveremos). No están sujetos a la regla del precedente ni siquiera de fallos Superiores (salvo y en principio para los acuerdos o Fallos Plenarios). Pese a que la Corte Suprema Justicia, declare su conveniencia en casos especiales.

Este artículo si se respetara la Teoría General del Derecho y del Estado, debió ser suprimido.

VI. 2. Respecto al artículo 3º

Crítica de similar entidad me merece el artículo 3º.

Dispone: **Deber de resolver:** “los jueces deben resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

Esta norma no sólo es de naturaleza procesal e inadecuada en un Código de fondo, sino que, desde cierto punto de vista, deviene utópica y redundante.

Inadecuada porque los Códigos procesales (reservados por las provincias) establecen uniformemente como requisito esencial de validez de las sentencias definitivas, que las mismas “*deben contener los fundamentos y la aplicación de la ley*”, y además, que el juez en la apreciación de los hechos y prueba “*debe respetar las reglas de la sana crítica*” (ejemplo artículo 163/164, 384, 456,474 y concordantes CPCC Buenos Aires, entre otros).

Desde hace muchos años, (Fallos Tº 162 pág. 376) la Corte de la Nación les ha conferido validez a las normas procesales contenidas en los Códigos de fondo, pese a que los Códigos y leyes de procedimiento, son facultades reservadas por las Provincias y no forman parte de las facultades legislativas delegadas en el Gobierno Federal (artículos 75 inc. 12, 121,126 y concordantes de la Constitución Nacional).

Pero la convalidación aludida, solo se realiza en aquellos supuestos que el derecho sustancial ha menester de contener normas de procedimiento que aseguren su vigencia y ejercicio, requisito que no se cumple en el presente caso.

Además lo de “razonablemente” es utópico y redundante. Porque el juez que exprese fundamentos, da los motivos y razones de su Sentencia, como lo exigen las normas de rito, y estará persuadido que son razonables (obvio para él subjetivamente). Si no lo fueran objetivamente, su Sentencia será revocable por infringir las normas procesales pertinentes y en última “ratio”, eventualmente susceptible de ser impugnada por Arbitrariedad. Jurisprudencia acuñada por nuestra Corte Suprema de la Nación, en su interpretación señera del artículo 14, de la ley 48.

Lo que no puedo asumir, es que la ley presuma que el juez dé fundamentos “irrazonables” a sabiendas de que lo son.

Porque estaríamos ante un caso patológico o delictivo (prevaricato) y sabemos que se debe legislar pensando en los sanos y no en los enfermos. Para eso estará el Jury de Enjuiciamiento. Ha sostenido acertadamente Sebastián Soler, que el delito de prevaricato tutela, si bien genéricamente la administración de justicia, también la rectitud, la legalidad y la honestidad en el cumplimiento de los actos en qué consiste, la actividad de administrar justicia.

En mi opinión este artículo debió suprimirse, por ser de índole procesal y por ende, está reservado al Poder Provincial y no está delegado al Federal.

En último análisis, la palabra “razonablemente” es superflua.

Basta reflexionar para evidenciar la procedencia de esta crítica, que la validez y eficacia de los artículos 1º y 3º, no emana de esas normas en sí mismas, proviene directamente de la Constitución Nacional. Los litigantes o interesados que deban recurrir de esos fallos, lo harán fundándose en la Carta Magna misma y en la normas de la ley 48.

VI. 3. Crítica a una reforma “privatizadora”

Merece nuestra crítica el sistema extrajudicial que se ha creado como alternativa innovadora, a la tradicional consignación judicial, normada en los artículos 910/913 del Código en análisis. Los citados establecen un, hasta ahora desconocido y complejo sistema de “consignación extrajudicial”, que se efectiviza mediante el depósito de la suma adeudada “ante un escribano de registro”, sin que se establezca requisito alguno que haga procedente la misma.

Se sustraen de la inderogable función del Poder Judicial, en forma injustificada a este modo de pago, sin fundamentos ni antecedentes que conozcamos. La misma no denota ventaja alguna, más aún, cuando existiendo cuestiones de derecho controvertidas, para que recurrir a la misma, la materia excede en mucho el ámbito notarial.

Ni que decir de la inseguridad que implicará, en caso de grandes sumas de dinero, depositadas en manos de personas privadas, pese a las funciones de Fedatario Público que se la atribuido a otros fines.

Salvo algún caso de excepción, no preveo utilidad ni teórica ni practica a esta innovación. Pareciera impulsado por el muy en boga en otros tiempos, “espíritu privatizador” y su derivado “tercerizador” de servicios públicos.

En particular de funciones indelegables del Estado de derecho (de nefastas secuelas). El estado debe garantizar el debido proceso en toda disputa entre particulares y/o con el Estado. La jurisdicción estatal es al respecto como decimos, indelegable.

En el ámbito de la libre voluntad, deudor y acreedor deben decidir a qué vía recurrir en caso de disputa. El Estado debe brindarle las acciones y procesos judiciales pertinentes.

Pero lo que no debe hacer, es otorgarle facultades “cuasi jurisdiccionales” a sujetos que tienen como toda incumbencia legal y profesional, ser “fedatarios” y carecen de ella por ende, para intervenir en los supuestos que se prevén en los artículos citados.

VI.4. Contradicciones normativas e impugnación gramatical

VI.4.1. Concepto de afinidad. Progenitor afín

¿Se ha innovado con la figura del *progenitor afín* o se amplían los efectos de normas, doctrina y jurisprudencia existentes?

El artículo 363 del Código Civil vigente, estableció desde la época de Vélez el parentesco por afinidad. El mismo se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad y en el caso de los hijos de uno de los cónyuges de otro matrimonio, el vínculo jurídico con el otro cónyuge ha sido expresamente aceptado con los efectos que la ley acuerda a dicho parentesco.

El previsor y erudito de Vélez, en nota al artículo citado expresa “(...) la computación se hace por analogía, suponiéndose que *los dos cónyuges* forman una sola persona”.

Por esta razón la manutención de los hijos legítimos de uno de los cónyuges, integra las cargas de la sociedad conyugal. El artículo 1275 inc. 1º, aún vigente al momento de este estudio, dispone: “Son a cargo de la sociedad conyugal: 1º La manutención de la familia y de los hijos comunes; y también de los hijos legítimos de uno de los cónyuges (ver Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Donati, Leonor C. ”; Sent. del 5/10/1976, LL 1976-D-515; “Pesce de Bevilacqua, Catalina”, 25/9/1975, Fallos 292:582).

En los Fundamentos del nuevo Código se reconoce esta circunstancia, al expresar: “Esta denominación sigue la más calificada doctrina nacional sobre el tema, que designa con este término a los nuevos cónyuges o parejas (¿?) de los progenitores; se recurre a un vocablo ya existente en nuestro Código

Civil, como es el parentesco por afinidad, que *establece lazos de parentesco derivados del matrimonio* y con los parientes consanguíneos del cónyuge, *y se lo extiende a las uniones convivenciales*”.

Es decir que *se amplía* con sentido de actualidad, los deberes y derechos del parentesco por afinidad. Se innova con la extensión de la afinidad a los convivientes, en algunos supuestos.

Pero, como veremos a continuación, con error de técnica legislativa.

Se regula en el Título VII sobre **“De la responsabilidad parental”** y en el Capítulo 7, sobre **“Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines”**.

El nuevo artículo 672 establece que “se denomina progenitor afín al cónyuge *o conviviente* que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

Puede observarse que se le otorga tal entidad al *conviviente, con el progenitor que tiene la tenencia de un niño o adolescente*.

Sin embargo el artículo 536 *al tratar el Parentesco por afinidad ha instituido* que “el parentesco por afinidad es el que existe entre *la persona casada y los parientes de su cónyuge*. El parentesco por afinidad no crea vínculo jurídico alguno entre los parientes de uno de los cónyuges y los parientes del otro”.

Hay una contradicción evidente entre lo establecido en el Título VII **“De la responsabilidad parental”**, con el Título del Capítulo **“Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines”**, discordancia que se extiende a su vez a los **artículos 536 y el 672**, entre sí. En primer lugar el *conviviente* no está alcanzado por el título (responsabilidad parental) porque la convivencia en el nuevo Código Civil y Comercial no crea parentesco.

Además el artículo 672, le atribuye una calidad y vínculo al *conviviente*, en ciertos casos, que lo dispuesto con anterioridad por el artículo 536 **se la niega**, pues solo le otorga el carácter de afín al que está casado (vínculo matrimonial).

En definitiva, es evidente que se debió salvar esa discordancia legal, estableciendo correlación, inclusión o extensión de efectos. Por ejemplo así:

“Se denomina progenitor afín al cónyuge que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”. *A los fines de este de este capítulo se le asignan al conviviente los mismos deberes y funciones que al progenitor por afinidad*”.

Al margen de lo tratado, hubiera sido sensato establecer algún plazo de convivencia. Más aún teniendo en cuenta la provisoriedad que suelen adquirir esos estados de hecho, casi en similar cantidad de casos, en los que la misma adquiere permanencia prolongada.

VI.4.2. Patria potestad vs. Responsabilidad parental. ¿Cambio de paradigma o de denominación?

En los Fundamento del Código Civil y Comercial se expuso que:

“(…) El lenguaje tiene un fuerte *valor pedagógico y simbólico*; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos. La palabra “potestad”, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la “potestas” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos *progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente*. Esta modificación terminológica ha operado en varios países del globo; algunos ordenamientos han cambiado la denominación de “patria potestad” por la de “autoridad parental”; otros por “responsabilidad parental”.

Por otra parte el Dr. Lorenzetti expuso en una conferencia que “El concepto de ‘patria potestad’, que remite a un dominio paterno, pasa a ser *sustituido* por el de responsabilidad de los padres, y esto implica un cambio de paradigma” (en declaraciones que reproduce el Centro de Información Judicial —CIJ—).

En principio debo dejar sentado que —entiendo— el vocablo “paradigma” no se ha utilizado en su estricta significación en el ámbito científico de “esquema formal de organización” o como sinónimo de “marco teórico o conjunto de teorías” ni con el más vulgar de “modelo”.

Asumo que se lo ha empleado refiriéndose a las instituciones que consagran las normas vigentes que la Reforma deroga o modifica.

Sin embargo, no sólo “*no se cambia el paradigma*” de la “Patria Potestad” como lo consagran las normas actuales, sino que se confirma el existente, con modificaciones actualizantes (que no es poco).

Se varía la denominación.

Pero nuevamente se incurre en errores de técnica legislativa y en casos gramaticales, lo que hace que el “*valor pedagógico*” perseguido, se frustre.

Si bien Vélez Sarsfield definió en su momento “la patria potestad como el conjunto de derechos de los padres sobre los hijos” de conformidad al concepto generalizado, en numerosas normas fijó también las obligaciones que ella implicaba.

Por eso en nuestro derecho positivo, como lo acepta también el nuevo Código Civil y Comercial, desde la lejana ley 10.903/1919 (“conjunto de derechos y obligaciones”) y desde la más cercana 23.264/1987 se pasó al concepto del artículo 264 vigente hasta hoy, plasmado como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Como puede verse el artículo 638 del nuevo cuerpo legal unificador, *repite la noción antes transcrita a la letra*, con la nueva denominación “*responsabilidad parental*” definiéndolo como “el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Si la innovación al introducir la palabra desarrollo, lo ha sido conforme a las primeras acepciones del término desde el punto de vista legal o de la Real Academia, de “*progreso, adelanto o perfeccionamiento*”, la misma está incluida en la expresión que se ratifica de *formación integral (criar, educar, adiestrar en forma plena o sistemática)*.

Ello no obstante no objetaré ese agregado, porque en el lenguaje biológico y médico (especialmente pediatría), se lo utiliza al vocablo “*desarrollo*”, para referirse a “la serie de cambios que experimenta el ser vivo desde su generación hasta su madurez” (ver artículo 646 inc. b). En tal caso no dudo que los padres deben proteger, velar y encaminar a sus hijos, hacia una sana maduración de desde todo punto de vista (como dice la norma actualmente, de manera “integral”).

En cuanto al cambio del número gramatical de “sus hijos” al singular “del hijo”, se frustra porque se mantuvo el plural en *los progenitores*.

Como se observa el concepto de “responsabilidad parental” y el vigente de “patria potestad” **es el mismo**.

Nada más que con sentido “pedagógico”, se varía la denominación.

Pero el cambio en los hechos excede a la finalidad perseguida.

Ahora se va al opuesto del inicial “*autoritas pateris*” (que tendía a indicar solo los derechos de los padres) por el de “*responsabilidad de los padres*” (que pareciera hacer foco sólo solo obligaciones de los padres).

Esta variante en el vocablo, deviene según los Fundamentos de “*la base del mencionado principio de “democratización de la familia.”*

Nuestra sociedad ha sido ganada paulatinamente por la anomia, la falta de orden generalizado y el rechazo a la disciplina social en distintos ámbitos, y estamos padeciendo por ello, graves trastornos de todo tipo.

La familia —como célula base de una sociedad civilizada— necesita JERARQUIZACIÓN y no democratización.

En primer lugar porque democracia es un concepto político, que menta al gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, pero aún así, éste ahora no gobierna en el ágora igualitaria de la Grecia antigua, sino que lo hace a través de sus representantes (artículo 22 de la Constitución).

A muy distinta materia pertenece lo relativo a la familia, que es una célula social fundamental, y en ella, **aún con el aceptado y bienvenido concepto de autonomía progresiva de los hijos, existe y debe existir la autoridad de los padres (o de quienes legítimamente cumplen sus funciones).**

Es erróneo retacear el concepto de autoridad de los padres.

En el contexto social en el que nos desenvolvemos, debe ratificarse dicha autoridad.

Obviamente corroborarla, con la incorporación del enfático precepto limitante —ya instituido definitivamente— de que dicha autoridad se ejercita dentro del estricto marco **“del interés superior del niño” que ese sí, no admite cortapisa ninguna.**

Por las razones que exponemos entendemos que la expresión “*responsabilidad parental*” por no ajustarse a la normativa vigente que se ratifica, a las nuevas propuestas y a la esencia de la familia misma, debe ser variada por “autoridad parental”.

Al vocablo “autoridad” no se le debe tener recelo ni resquemor.

En un Estado de Derecho, autoridad solo significa “el que hace cumplir la ley”, pero en su ejercicio la autoridad, está también supeditado a las leyes.

¿Cómo se armonizan Ley y Autoridad? Como decimos en un Estado de Derecho (y especialmente en una República (artículo 1º y 5º Constitución Nacional) el poder que se le confiere a la autoridad es para hacer cumplir y cumplir las leyes.

Las normas que un Código implanta en esta materia, serán una pauta para el crecimiento, maduración y desarrollo de una sociedad o una familia. Y que los niños internalicen la ley y la autoridad, desde el hogar, les asegura la instancia psíquica que regula la inserción de los individuos en los grupos humanos solidarios.

Es la mejor (¿la única?) esperanza de evitar los desbordes que producen la violencia, la agresión y el impulso transgresor a las normas, por la transgresión misma, que hace recrudecer la indisciplina social que nos acongoja. Hoy ni la autoridad del maestro está reconocida.

Es interesante el debate psicológico-jurídico, que se ha abierto en círculos progresistas (en el sentido de evolución positiva) alrededor de nuestra dificultad, como sociedad, para aceptar la ley.

Los padres tienen y deben tener, verdadera y real autoridad ante sus hijos. Pero para permitir su maduración y progreso y cumplir los mandatos superiores que emanan no solo de las leyes, sino de los más ennoblecidos valores morales que ha alcanzado la civilización actual. Pero que los legitiman también para fijar límites, para que sus hijos sean buenas personas, solidarias y ciudadanos de bien.

Si hoy niños y adolescentes no aceptan un **no** por respuesta, no veo “pedagógicamente” conveniente inculcarles que los padres tiene solamente “responsabilidades parentales” como podría inferirse por la innovación que se proyecta y sus fundamentos.

Se les haría pensar equivocadamente que ellos solo tienen derechos y no obligaciones. Por ejemplo, deben aprender a acatar normas, actuar civilizadamente en todos los ámbitos sociales, y no tomar el camino de la violencia y rechazar toda forma de expresarse que la implique.

Y esto empieza por reconocer la autoridad de los padres.

Al margen de lo expuesto, es de poner de relieve que encuentro acertada la enumeración de los deberes de los progenitores que contiene el nuevo artículo 646, en sus seis incisos, que se corresponden con la doctrina y jurisprudencia actual, acordes con los tiempos que vivimos.

Lo mismo ocurre con el artículo 647 en cuanto, impone a los padres la “*prohibición de malos tratos*” y faculta a los progenitores a *requerir el auxilio del Estado, recurriendo a los servicios de orientación a cargo de los organismos estatales respectivos*. Este es un tema que provoca honda preocupación por los excesos (en algunos casos horrores, que por lo inhumanos espantan) que se cometen en tal sentido.

En los que concierne a los deberes de los hijos se ha eliminado toda referencia a *la autoridad de los padres y al deber de obediencia* conforme a su grado de madurez y desarrollo (artículo 265/266 C. C. vigente), pese a que indica el deber de “*respeto a sus progenitores*” y a que “*deben cumplir las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior*” (artículo 671 incs. a y b).

VI.4.3. Usos indebidos de vocablos y falta de armonía gramatical

Me referiré a un aspecto de índole típicamente gramatical, pero dada su atingencia a similar tema instalado en la sociedad toda, no deseo obviarlo, porque es impropio de la técnica legislativa no adecuarse a la gramática en la redacción de las leyes, como lo sostenía el Maestro Colmo.

Creo también que las observaciones que realizaré en este ítem, tienen que ver con el número y variedad de colaboradores y su falta de coordinación. A lo largo de la reforma, se utilizan distintos vocablos para identificar el mismo objeto, no siempre acertados.

A tal fin desarrollaré un ejemplo.

Me parece lamentable desde todo punto de vista —y por supuesto desde el técnico-jurídico— las repetidas expresiones de “niño o niña” que contienen numerosas normas.

No solo son contrarias al uso gramatical correcto (directo), sino que es un modo de forzar y tergiversar las estructuras lingüísticas, que lo único que producen es terminar en lo opuesto, es decir en el “gongorismo”, pero con idéntico resultado de confusión (ver Pérez-Rioja, José Antonio, *Diccionario literario universal*, Tecnos, Madrid, p. 989).

Todos los Tratados Internacionales se han referido siempre en forma ajustada y comprensiva de *ambos sexos* como corresponde, refiriéndose *al Niño* (Real Academia Española —RAE—, “toda persona que está en la niñez”). Y las niñas son personas (la cita especial de “niña” pareciera que se duda de ello (¿no?)) Por esta razón, así se lo menciona a ambos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha sido adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990. De conformidad con el artículo 49 fue receptada por la ley N° 23.849 que aprueba “la Convención sobre los Derechos del Niño” cuyo artículo 1° establece: “Para los efectos de la presente Convención, se **entiende por niño todo ser humano** menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Al celebrarse en nuestro País el “Día del Niño”, nadie ha supuesto nunca desde que se instituyó, que excluimos del festejo a las muy queridas niñas.

No se puede hacer militancia gramatical.

La crítica que antecede, adquiere mayor fundamento porque en numerosas normas de la Reforma, se hace referencia al “Niño”, en la forma adecuada para referirse a ambos sexos (por ejemplo en todo el Título VII relativo a “De la responsabilidad parental”) y en otras como dijimos a “niños y niñas” creando una diferencia inexistente.

Por ello se hace necesario, en una oportuna revisión, unificar la expresión “niño” en todo caso de su uso singular o colectivo.

VI.4.4. Mora “automática”

Como otra muestra que la laboriosa obra de la Comisión Reformadora (aprobada sin debate) requiere un examen como reclamábamos a lo largo de este estudio, está la llamada “mora automática”.

El Código unificado dispone: “Artículo 886: **Mora del deudor. Principio. Mora automática.** La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento. Artículo 887. **Excepciones al principio de la mora automática.** La regla de la mora automática no rige respecto de las obligaciones (...)”.

Lo automático es lo derivado de la maquina, lo maquinal. También significa lo impensado o lo irreflexivo (involuntario o instintivo).

A ninguno de esos significados intentan referirse los artículos transcriptos. La mora está establecida y significada correctamente desde el punto de vista jurídico cuando se dispone

“La mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento” (artículo 886).

Esto es lo que está vigente hace años en el país.

Es la llamada “*mora ex re*” la que se produce por el mero transcurso del tiempo, distinta a la “*mora ex persona*” que se produce por la interpelación al deudor para que cumpla (4).

Es por ello incorrecto denominarla o titularla en el caso como “mora automática”.

Como **es la ley** la que impone que la mora queda constituida “por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento”, corresponde denominarla “mora de pleno derecho” o si se quiere “mora legal”.

Pero lo que se propone que se modifiquen las expresiones contenidas en los artículos citados, sustituyéndolas por “Mora de pleno derecho”.

VI. 5. Moneda extranjera: en el Anteproyecto de la Comisión de reforma y en el Proyecto enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional —PEN— (finalmente aprobado)

El Código Civil, desde el 1º de enero de 1871, instituía en el artículo 617 que la obligación en moneda que no tenga curso legal en la República (la llamada moneda extranjera) debía considerarse como una obligación “*de dar cantidades de cosas*”. Los tratadistas más conspicuos, como Colmo, Salvat, Galli,

(4) El Sistema del Código (mora ex persona). El Codificador se inspiró en la doctrina de los romanistas de los siglos XVI y XVII, y siguiendo la opinión defendida por Cujas, Doneau y la mayoría de los autores de esa época, ha podido afirmar en la nota al artículo 509 que “por las Leyes de Partida y por las del Código romano, el simple vencimiento de la obligación a plazo equivalía a una interpelación, y ésta no era, por lo tanto, necesaria”. Es en virtud de ello que Vélez Sarsfield, considerando más equitativo el sistema de la mora ex persona, adoptó el criterio seguido por el Código francés en el artículo 1139, que cita en la nota. El Código establecía en el artículo 509, antes de la reforma de 1968, el siguiente principio de carácter general: “Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor (...)” -Anexo I: Final de notas (1)-.

Lafaille, y Rezzónico entre otros, estaban de acuerdo que era válido contratar en moneda extranjera, no como obligación de dar suma de dinero, sino como de dar cantidad de cosas. En este contexto deber dólares en la Argentina, se asimilaba a deber tulipanes en Holanda.

A partir del año 1991 el artículo 617 determinó que “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, *la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero*” (artículo 11 de la Ley 23.928 B. O. 28/3/1991). Y a su vez el artículo 619 quedó modificado así: “Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, *cumple la obligación dando la especie designada*, el día de su vencimiento” (artículo 11 de la ley citada).

Para nuestro derecho positivo hasta la fecha del presente estudio, una obligación de dar moneda extranjera, es de dar sumas de dinero y se cumple “*cumple la obligación dando la especie designada*” es decir pagando los dólares, euros, reales, es decir la moneda extranjera convenida.

El Anteproyecto de la Comisión de Reforma en su redacción original proponía: “Artículo 765. - *Concepto*. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero”. Y en el artículo 766: “*Obligación del deudor*. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, *tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene*”.

Estas normas propuestas, entendían mantener el régimen imperante, pese a que la moneda corriente o moneda de curso legal (el peso) es la única que tiene la virtualidad de cancelar deudas dinerarias y que la moneda extranjera no es de curso legal y no tiene efecto cancelatorio.

Más adelante el Proyecto, al tratar entre los Contratos en particular (parágrafo 1º) el *Depósito bancario*, en el artículo 1390 referido al *Depósito en dinero*, contiene un precepto de similar contenido: “Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, quien tiene la obligación de restituirlo *en la moneda de la misma especie*, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto”.

El PEN al elevar su Proyecto, modifica lo propuesto por la Comisión de Reforma, de la siguiente manera: **Obligaciones de dar dinero:** Artículo 765 **Concepto:** “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, *la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*”. Y el artículo 766: **Obligación del deudor.** El deudor debe entregar la *cantidad correspondiente de la especie designada*.

El proyecto del PEN aludido, ha sido aprobado con el nuevo Código Civil y Comercial. Por ello la obligación de “*dar moneda que no sea de curso legal en la República* (cualquier moneda extranjera no tiene poder cancelatorio en el país) que en el derecho que nos rige actualmente, es una obligación que debe considerarse como de dar sumas de dinero (*y pagadera en la moneda convenida*) pasa ser una *obligación que debe considerarse como de dar cantidades de cosas*” y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Señalo específicamente, la incongruencia que en una obligación de “dar cantidad de cosas” se supla que la regla que el cumplimiento se deba realizar con “la entrega de la cosa convenida” por *dinero de curso legal*, contradiciendo los artículos 746, 759 y 766 de la Reforma.

Por las serias divergencias que este tema plantea, considero aconsejable y necesario, que al artículo 765, sea modificado en su oportunidad, con un párrafo final, y quede así: **Obligaciones de dar dinero:** artículo 765 **Concepto:**

“La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas. El deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal al cambio del día de vencimiento. *Si el deudor se hallase en mora, el acreedor podrá a su elección, exigir que el importe le sea pagado al cambio del día del vencimiento o del día del efectivo pago*”.

De esta forma se evitarán las variadas interpretaciones que podrán colegirse, si no legisla para el caso que no se pague al vencimiento.

Al subsistir sin reforma alguna el artículo 1390, propuesto por el Proyecto, que regula el “Depósito Bancario de dinero”, se mantiene al respecto la obligación de las entidades bancarias *en ese contrato “de restituir la moneda de la misma especie”* que el Banco recibió al constituirse el depósito.

No merece crítica que en el contrato de depósito bancario, el depositario, banco, *deba reintegrar la misma especie de moneda en que quedó formalizado el contrato*, porque hace a la esencia del contrato de depósito (artículo 1367).

Siguiendo el tema, al margen del depósito bancario en moneda extranjera, resalto que la Reforma, ratifica la norma vigente en el sentido que “a partir de su entrada en vigencia, *las nuevas normas se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (...)*” (artículo 7°).

Es decir que desde la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial (por ahora el 1° de agosto de 2015) “se producirá la pesificación de las obligaciones establecidas en moneda extranjera” (artículo 765 del referido cuerpo legal).

En tanto se mantenga la brecha cambiaria entre el tipo de cambio oficial (de compra restringidísima) y el valor de las monedas en los mercados libres, *si las partes no contemplaron o no contemplan debidamente el tipo de cambio aplicable al momento del efectivo pago*, volverán los frecuentes conflictos de tiempos no muy lejanos. De consecuencias graves, si las partes no se avienen a saludables arreglos extrajudiciales.

Es relevante puntualizar que el nuevo Código unificador, no contiene normas que *prohiban* la concertación de obligaciones en moneda extranjera. Por ende, podrán acordarse como hasta ahora, obligaciones de ese tipo. Será válida también la cláusula de “*pago efectivo*” en la especie convenida. Si está debidamente estipulada, le impedirá al deudor pagar en pesos. También serán legales otras alternativas, que con suficientes recaudos, aseguren el pago en el signo monetario determinado. También será viable concertar, que la deuda se pagará al tipo de cambio al que cotice determinado bono emitido en similar moneda a la fecha de pago. Si es en dólares, se podría establecer que se tomará la cotización de un bono en dicho signo monetario.

Las mismas no podrían comprometerse, si la obligación en moneda extranjera fuera nula o estuviera prohibida, como ocurre en Brasil. Su Código dispone que “Son nulos los convenios de pago en oro o en moneda extranjera, así como compensar la diferencia entre ésta y el valor de la moneda nacional, salvo en los casos previstos por la legislación especial” (artículo 318).

Creo oportuna resaltar que conforme al 5° de la 26.994, “Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el artículo 3° de la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1° de la presente”.

En consecuencia, a esa falta de prohibición de contratar en moneda extranjera, se le suma la legislación vigente (no derogada por el citado artículo 5°) sobre Letra de Cambio y Pagaré, en la que es válido insertar en esos papeles de comercio, la cláusula de “*pago efectivo en la moneda extranjera*”. Sin ella, el importe puede ser abonado en moneda local, al cambio del día del vencimiento o del efectivo pago a elección del acreedor.

En materia de tipo de cambio se deberá tomar el que más se ajuste al valor real de ambas monedas a convertir y no a los que fijen un valor artificial, como hoy ocurre con el llamado “cambio oficial” (artículos 44, 103 y concordantes DL LC).

Quiero que se ponga atención en la frase final del artículo 765 en lo que concierne a que “y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

Se pone de relieve que en el Anteproyecto 2012 del Ejecutivo el equivalente se debía tomar de acuerdo a la “cotización oficial”, expresión suprimida, al enviarse al Congreso.

No podía ser de otra forma, porque los principios vigentes en nuestro derecho —que la reforma no varía— de equidad y razonabilidad, solo pueden facultar al deudor a solventar su deuda en moneda extranjera en pesos argentino que impliquen entregar una suma de esos pesos, que “valgan lo mismo” que la moneda pactada. Ello, a fin de que lo entregado, le permita al acreedor comprar la cantidad de la otra moneda debida.

En un régimen cambiario como el actual en el que el dólar oficial no es de libre compra (cepo cambiario), se deberá recurrir —como dijimos antes— a parámetros existente en el mercado local y extranjero, que permita establecer “el valor real de la moneda adeudada, a la fecha de vencimiento o a la del efectivo pago”. Si las partes no llegaran a un acuerdo respecto a ese valor, judicialmente se tomará el de bonos de esta u otras plaza o como acontece en la actualidad con la operación financiera que se ha dado en llamar respecto al dólar “contado con liqui” que es legal.

Aunque en el supuesto de brechas importantes entre el valor real y el oficial —como ocurre actualmente— la doctrina de la Corte del “esfuerzo compartido” (más conocida como “partimos la diferencia” entre uno y otro tipo de cambio) será la que lleve a la solución a la mayoría de los conflictos, que se suscitarían en forma imprevista (especialmente en obligaciones contraídas ante de la vigencia del nuevo Código).

Es de prever las peripecias y controversias que se producirán con las deudas en moneda extranjera constituidas bajo el amparo de las normas hoy vigentes, en función de la disposición que establece —como hemos dejado expuesto— que “a partir de su entrada en vigencia, *las nuevas normas se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (...)*”.

Las mismas se incrementarán porque el nuevo cuerpo legal, pese a su reforma en la materia que hemos explicitado, ha mantenido la regla jurídica que se establece *en el* artículo 766, referida a la “Obligación del deudor”, en el sentido que “El deudor debe entregar la *cantidad correspondiente de la especie designada*”.

Dos normas de la reforma en forma expresa se contraponen y son de igual nivel (artículos 765 y 766).

La falta de deliberación sincera y a fondo en el ámbito Parlamentario, ha evitado una revisión seria en la aprobación final del cuerpo legislativo más importante del país, luego de la Constitución Nacional, Lev Suprema de la Nación.

VI. 6. Cercenamiento inconstitucional de Leyes Arancelarias que son de facultad exclusiva de las provincias

Todo lo relacionado con la reglamentación del ejercicio de las distintas profesiones universitarias, incumbencias, formación y funciones de los respectivos Colegios y Cajas profesionales, medidas disciplinarias y lo relativo al arancelamiento de los honorarios y aportes que devenguen en sus actuaciones los mencionados, son facultades exclusivas y reservadas por las Provincias (artículo 5º, 75º, inc. 12 121, 125/126 y conchs., Constitución Nacional).

En nuestra provincia, se encuentran vigentes leyes que regulan todos los aspectos aludidos de un gran número de profesiones liberales. En orden a la profesión de abogado específicamente las leyes 5.177, 6.716, 8.904 y sus modificatorias.

La Reforma en su artículo 1255 al tratar del “Precio de los contratos de obras y servicios”, *pretende derogar* las leyes arancelarias que rigen las pautas, bases, escalas y modalidades procesales que llevan a la determinación del honorario profesional judicial o extrajudicial (y lo que es muy significativo, sus respectivos aportes previsionales).

A respecto establece que “El precio se determina por el contrato, la ley, los usos o, en su defecto, por decisión judicial. Las leyes arancelarias *no pueden cercenar* la facultad de las partes de *determinar* el precio de las obras o de los servicios”.

Al margen de que el vocablo “precio” connota mercancía y el pago de un servicio profesional no se compadece con ese significado, lo cierto es que se pretende permitir que el honorario profesional se establezca (o determine) al margen o contrariando disposiciones constitucionales, que imponen que las leyes arancelarias deben ser provinciales.

Ya no se trata de pautas morigeradoras en casos de excesos o abusos singulares, sino que lisa y llanamente se erige en facultad de las partes establecer el “precio” (honorario) soslayando, o con derogación, de las normas provinciales vigentes, que son de orden público.

Debe observarse que no estamos impugnando que en algunos casos sometidos a la resolución de los jueces se ejerciten funciones morigeradoras o de equidad, en eventos que así lo amerite. Nuestra Corte Provincial, lo ha consagrado repetidamente.

La impugnación está fundada en que un Código de derecho privado, pretende invalidar normas de contenido administrativo, que además se dictan en ejercicio del poder de policía y que forman parte del derecho público provincial, que es facultad Constitucional excluyente y reservada a las provincias como lo he señalado. Por ende ese artículo es inconstitucional (artículos 71 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional).

No es menos relevante, que los honorarios profesionales, sus regulaciones y cobros, están inescindiblemente vinculados con los aportes jubilatorios a los que están obligados los colegiados y sus clientes. Y fundamentalmente para el *sostenimiento* de las Cajas Previsionales profesionales, que cumplen funciones estatales, por delegación explícita de la provincia.

La Suprema Corte de la Provincia Buenos Aires, en jurisprudencia constante y uniforme (ver SCBA, C 83168 S 9/4/2008; SCBA, C 84967 S 9/4/2008; SCBA, C 79086 S 16/4/2008; SCBA, C 92207 C 10/8/2011) está conteste con los fundamentos y la crítica que hemos formulado a la nueva norma. *En tal sentido ha decretado la inconstitucionalidad del artículo 1627 vigente del Código Civil*. Con otra redacción se persigue idéntica finalidad que ese artículo: que las partes “podrán ajustar libremente el precio de los servicios, sin que dicha facultad pueda ser cercenada por leyes locales”.

Al respecto el citado Tribunal Superior de la provincia, estableció que:

“El propio legislador nacional se auto limita en el alcance territorial que atribuye a la ley (ley 24.432), cuando su artículo 16 “invita a las provincias a adherir al presente régimen en lo que fuera pertinente”. Sin embargo, en el último párrafo del artículo 1627 del Código Civil **desplaza al ordenamiento local en materia de honorarios y aranceles profesionales** sin que esa adhesión se haya concretado, *en clara violación, entonces, de los preceptos que portan los artículos 71 inc. 12 y 121 de la Constitución nacional*”.

En consecuencia la frase aludida “*Las leyes arancelarias no pueden cercenar la facultad de las partes de determinar el precio de las obras o de los servicios*” *debe ser eliminada por inconstitucional*.

Y no sólo porque deroga legislaciones provinciales que se dictan en consecuencia de facultades reservadas y que tienen carácter de orden público. Sino porque en dichas leyes se han establecido escalas de mínimos en *defensa de intereses profesionales y previsionales* y de máximos, *en defensa de los contratantes de servicios profesionales, y en su consecuencia los aportes previsionales antes señalados*.

Y esta materia no ha sido delegada al Congreso de la Nación (artículo 75° inc. 12° CN), como en otras palabras lo consagra nuestra Suprema Corte.

VII. Examen detallado del articulado sobre “Títulos Valores”

VII. 1. Estado actual de la legislación en el ámbito de los Títulos Valores

Ponemos de relieve desde el inicio en esta temática, que no rige en la actualidad ni ha existido antes en nuestro país, una *ley general* sobre títulos valores o títulos de crédito (por ahora y por tradición los tomamos como sinónimos).

En otros países, existe ese tipo de normativa desde hace mucho tiempo, con diversos contenidos (Ejemplos: Suiza, Italia, Inglaterra, México, y otras que mencionaba el Anteproyecto de Reforma de 1998 en sus fundamentos).

Ello no obstante, en Argentina rigen diversas leyes que se refieren a un Título de Crédito o Valor, en particular: La ley 928 y la 9643, al Warrants; la ley 19.550 a las Acciones de sociedad; y de Títulos Nominativos, Póliza de Seguros (ley de Seguros), el decreto-ley 5965/1963 a la Letra de Cambio y Pagaré; la Ley 24.452 (Mod. ley 24.760) al Cheque común, al Cheque de Pago Diferido; la 24.760 a la Factura de Crédito, etc.

Es decir que todo lo relativo a los Títulos Valores en General, hasta ahora ha sido expuesto, enseñado (académicamente y en diversos niveles) y aplicado (judicialmente o en la práctica negocial) como una Teoría General de los Títulos de Crédito. Se englobaba en ella, lo relacionado con su concepto, estructura, caracteres y requisitos esenciales, significaciones y efectos diversos que deben ser asignados a este género de documento (cartulares y no cartulares).

Señalamos además, que en nuestro ordenamiento positivo, las disposiciones sobre Letra de cambio y Pagaré, han sido instituidas como de aplicación supletoria para diversos títulos singulares, mediante normas expresas de cada ordenamiento. Entre otros, para el pagaré, para el cheque común y el cheque de pago diferido, a la acción de Sociedad, para el endoso de la Prenda con Registro, para el Warrants y también para la Factura de Crédito.

En rigor las normas sobre Letra de Cambio vigentes, funcionan en la práctica actual, como una especie de normativa genérica: suplen lo que no se encuentra legislado en las leyes especiales sobre los demás títulos de crédito cartulares en particular, y en ciertos supuestos, hasta para los no cartulares.

En éste aspecto el Código ahora aprobado, respeta en líneas generales los principios, pautas y las reglas que son comunes en las legislaciones y doctrinas contemporáneas afines a nuestro derecho.

Nuestra doctrina mayoritaria sin pausa y durante muchas años de labor muy fructífera, fue delineando todas y cada una de las normas que hoy adquieren jerarquía legal en el nuevo articulado aprobado.

Uno de sus iniciadores más conspicuos fue el inolvidable profesor Mauricio Yadarola (5).

Pero estas razones, se colmará un vacío legislativo en nuestro ordenamiento positivo, pese que —como repetimos— no ha existido una debida revisión, por el Congreso.

No sólo por su trascendencia, sino porque —como veremos— presenta errores y además es susceptible de críticas (muchas de ellas se vuelcan en este estudio) que debieron valorarse antes de convertirlo en parte de un Código unificado que interesa a la comunidad toda y que tiende a tener estabilidad por años.

En especial, se perdió una oportunidad magnífica de perfeccionar los nuevos conceptos que se plasman ahora normativamente, afinándolos con los últimos desarrollos que se han obtenido con los

(5) Ver YADAROLA, Mauricio, Títulos de crédito, Tea, Buenos Aires, 1961. ANGELONI, V., La cambiale e il vaglia cambiario, 5ª ed., Giuffrè, Roma, p. 542. CÁMARA, Héctor, Letra de cambio, vale y pagaré, t. I, Ediar, Buenos Aires, ps. 486 y ss. -Anexo I: Final de notas (3)-

trabajos llevados a cabo en las Cátedras de todas las Facultades de nuestro País, y por la más prestigiosa doctrina y jurisprudencia y expuestas en la mayoría de la audiencias públicas llevadas a cabo en numerosas localidades del país, que he citado en nota anterior.

VII. 2. Ubicación metodológica

En sus fundamentos la Comisión Reformadora ha manifestado que en la ubicación metodológica sigue al Anteproyecto de 1998.

Es decir que se los ubica o encuadra a los Títulos Valores, en el ámbito de las obligaciones que reconocen como causa fuente, a la *declaración unilateral de voluntad*. Veamos.

En el Libro Tercero, el **Título V** trata “De otras fuente de las obligaciones”, y al enumerar las mismas en el **Capítulo 5**, se refiere a la “**Declaración unilateral de voluntad**” como una de esas fuentes.

Si el Anteproyecto y el nuevo Código, hubieran querido plasmar su opinión de que los Títulos Valores, tenían como causa esa fuente, debieron incorporarlos *como una Sección más del Capítulo 5*.

En cambio se los ha tratado en otro Capítulo distinto el 6 (como una fuente más de las obligaciones).

Como están insertados, los Título en sí mismos son una fuente más de obligaciones y esto no sólo no es correcto para el pensamiento citado de la Comisión, sino que no condice con la doctrina y jurisprudencia dominante en nuestro país y en la mayoría de los países que contienen normas similares.

Es un error que debió y debe ser salvado.

VII. 3. El concepto de Título Valor y sus caracteres esenciales

Constituye una innovación importante la Sección 1ª del Capítulo 6, que trata de las “*Disposiciones Generales*” aplicables toda clase de *Títulos Valores* (cartulares y no cartulares).

Al igual que el Anteproyecto de 1998, se soslaya la denominación predominante en la doctrina nacional de “Títulos de Crédito”. Sigue las corrientes normativas, que le adjudican esta terminología, porque no todos los Títulos Valores incorporan sólo créditos. Al margen de este aspecto, esta denominación había sido asignada, por las leyes que rigen a la Comisión Nacional de Valores y a las Acciones de Sociedades (artículo 226).

Así el artículo 1815 dispone que: “Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816. Cuando en este Código se hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores”.

Soy de opinión que debe agregarse un párrafo final que establezca:

“Salvo el caso del artículo 470 inc. b”.

Ello es así, porque cuando el Código se refiere a “**Gestión de los bienes en la comunidad**”, en su artículo 470 sobre **Bienes gananciales**, dispone que: “La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido. Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar: (...) **inc. b) Las acciones nominativas no endosables y las no cartulares**, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824”.

En ese inciso —a los fines del asentimiento— se le otorga a ese tipo de títulos valores el carácter de registrables, porque para los muebles no registrables, no se requiere el asentimiento conforme al artículo 462.

De allí que como el artículo 470 inc. b) es una excepción al artículo 1815, se propone la inclusión en su último párrafo en tal carácter.

Este artículo además como fundamos más adelante, en el acápite III. 3. 5., también utiliza erróneamente el vocablo “**titular**” porque en esta materia el apropiado es “**legitimado**”.

Así que la redacción debió ser la siguiente: artículo 1815. **Concepto:** “Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada **legitimado** un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816. Cuando en este Código se hace mención a bienes o cosas muebles registrables, no se comprenden los títulos valores, **salvo el caso del artículo 470 inc. b**”.

VII.3.1. La expresión “*incorporación*” referida en el artículo 1815 citado, explica la materialización del derecho y la calificación del título valor como un bien mueble mercantil. Por ese principio, el derecho deja de ser una cosa incorporal, para convertirse en un bien corporal, materializado en el título, sobre el cual pueden recaer todo tipo de relaciones jurídicas.

La norma en examen, reconoce como causa-fuente del título valor en general, a la declaración unilateral de voluntad (lo vimos en el acápite anterior), que como se expresa en su artículo 1800 origina una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres (ver Fundamentos del Anteproyecto al Capítulo 5).

La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, ha sido aceptada en el derecho argentino, en la doctrina, jurisprudencia y en variados institutos, especialmente a los que conciernen a los Papeles de Comercio (especie cartular de los Títulos valores).

Las elaboraciones de la doctrina y a posteriori de legislación italiana, fueron las bases inmediatas de las normas de nuestro derecho positivo en esta materia, a partir de 1963.

La mención de la “*promesa incondicional e irrevocable de una prestación*”, a que se aluden como caracteres esenciales reconoce como plataforma o basamento, que la declaración de voluntad unilateral tiene —en estos títulos— un contenido económico, y por ende se expresa como promesa.

VII.3.2. Como se sostuviera en el Anteproyecto de 1998, mantenido por el nuevo Código, los caracteres esenciales del articulado siguen a la doctrina más caracterizada nacional y extranjera, al conferirle al derecho objetivado, el carácter de una promesa.

Como adelanté, cuando la declaración unilateral de voluntad tiene contenido económico, conlleva que la manifestación se realice en calidad de promesa. La misma podrá llevarse a cabo por el propio suscriptor o cumplirse a través del hecho de un tercero, y en su defecto por el propio creador del Título.

VII.3.3. La promesa no puede estar sometida a condición por cuanto ésta es propia de los contratos sinalagmáticos o de los negocios bilaterales y por ende es incompatible con la declaración unilateral, fuente del título. De allí la incondicionalidad que se menciona, en el artículo 1815.

Si se la somete a condición, ésta (la condición) se debe tener por no escrita. Ello por cuanto la condicionalidad es propia, como anticipamos, de las obligaciones de fuente contractual o negocios bilaterales. Como vimos, por la causa fuente del título valor (la declaración unilateral) la condición es antitética, porque siempre requiere una contraparte que la exija y aquí, tal contraparte no existe. La obligación unilateral ha nacido por definición, “*ex uno latere*”.

Es correcto por otra parte, que no se haya aludido a que la promesa debe ser “pura y simple”.

Si así se hubiera así estipulado, no se admitiría que la obligación estuviera sometida a plazo, y es válida la fijación de plazo o vencimiento.

La obligación es pura y simple y no se la puede someter a plazo en una especie singular de título de crédito cartular como es el cheque común. Que no admite plazo, porque siempre la obligación que incorpora es pura y simple, es decir pagadera “a la vista” o presentación.

En contraposición, la mayoría de los títulos valores admiten la modalidad del plazo, pero, en ninguno, la condición.

VII.3.4. El carácter de irrevocable que se le adjudica a la promesa incondicionada, también es acertado.

La irrevocabilidad deviene también de la particular circunstancia que la declaración de voluntad como promesa incondicional que origina al título es vinculante y lleva ínsito, el carácter de no recepticia. Porque se perfecciona —y por ende tiene eficacia— sin tener en cuenta el conocimiento que de ella tenga el destinatario, que por lo demás puede no estar determinado.

El creador del un título valor o título de crédito, se obliga “ad incertam persona”: es decir “frente a quien resulte ser el legitimado del mismo de acuerdo a su ley de circulación, a su vencimiento” (véase artículos 1816, 1819, 1821 y sptes. del nuevo Cuerpo legal en análisis).

Por tal motivo, la obligación inserta en el título valor, queda firme desde su creación y desde ese mismo momento es irrevocable, es decir, no es susceptible de revocación.

En los sistemas de derecho positivo, que receptan la teoría de la emisión, el título debe entrar voluntariamente en circulación por parte del creador del mismo.

Cabe aclarar, por si originara dudas lo aquí expuesto, que *la orden incausada dirigida a un Banco para que no pague un cheque determinado* —que la ley respectiva menciona equívocamente como “revocación”—, no es tal. Sólo tiene efecto para después de vencido el plazo de presentación del cheque al girado. Durante la vigencia de dicho plazo, la promesa incondicionada que incorpora el cheque, es *irrevocable*.

VII.3.5. Legitimado en lugar de “Titular”

El artículo 1815, ya citado finaliza su concepto estableciendo que los títulos *valores* “otorgan a cada titular un derecho autónomo, sujeto a lo previsto en el artículo 1816”.

Por lo motivos que expongo a continuación, es objetable desde el punto de vista de la doctrina unánime y de la jurisprudencia que aplica ese criterio, la expresión *cada “titular”* y se debe sustituir en nuestra opinión por *cada “legitimado”*.

En efecto “titular” en nuestro derecho, connota propiedad o pertenencia del documento y del derecho en él incorporado.

Por ello “*titular*” queda referido a una adquisición *derivada* de la propiedad del derecho común. Es impropia y opuesta a la adquisición originaria que se produce al recibir el título valor de acuerdo a su ley de circulación, que es la ajustada a los caracteres de los títulos valores, como lo establecen correctamente las normas que contiene la reforma.

Las adquisiciones derivadas, a diferencia de la adquisición autónoma u originaria, corresponden al campo de los derechos contractuales, reales o de otras índoles diversas en sus fuentes. En ellas rige en el derecho positivo en la actualidad y se ratifica en por la regla general contenida en el nuevo artículo 399, que: “*Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas*” (actual artículo 3270).

Una de esas *excepciones son los títulos valores*, en los cuales por su causa fuente (declaración unilateral de voluntad), se admite la adquisición originaria (no derivada y por ende autónoma), mediante la cual se adquiere el derecho *como nuevo* (*ex novo*) y en casos, aún a “non domino”. Por ello, el derecho, solo queda sujeto a las defensas que cita el artículo 1821, del cual surge, *que no se admiten defensas personales relativas a anteriores poseedores*.

Por este motivo también se debe reemplazar *el título* del artículo 1819 que se refiere a *titularidad*, porque *en él* se fija el alcance y límites de la *autonomía* y no de la “*titularidad*” que como apuntamos, es propia del derecho común, y no de los títulos valores.

Se deben reemplazar todas las referencias a *titularidad* o *titular*, por **legitimación** o **legitimado** según el caso.

En cuanto al *artículo 1819 debería quedar* redactado así: **“Reivindicación.** Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado”.

VII.3.6. Legitimado por portador

El artículo 1815, en su último párrafo, se remite al artículo 1816 para completar el concepto de *Autonomía*, el cual dispone:

“El portador de buena fe de un título valor que lo adquiere conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores portadores. A los efectos de este artículo, el portador es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado”.

Las defensas a que alude el artículo se enumeran en el 1821.

El origen mediato del citado artículo 1816, es el artículo 2292 4to., párrafo, del Anteproyecto de 1987, vetado y el artículo 1748 del Anteproyecto del 98, que no se aprobó.

El citado artículo 1748 establecía: *“El titular* de buena fe de un título valor que lo adquirió conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, se considera como acreedor originario frente a los obligados y le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores titulares. *El titular* es de mala fe, y le son oponibles esas defensas, si al adquirir el título procedió a sabiendas, en perjuicio del deudor demandado”.

La sustitución de la expresión “El titular” por “El portador” tampoco es aceptable, porque nos encontramos frente a un concepto general que el nuevo Código unificador, *dispone que abarque a todos los títulos, cartulares y no cartulares.*

Gramaticalmente “portador” es *la persona que lleva (porta) una cosa mueble de un lugar a otro.* En materia de títulos de crédito o valores cartulares, en su expresión técnica, es aquel que no sólo posee el título, sino el que lo exhibe al momento de ejercitar derechos, lo presenta y en su caso está en condiciones de entregarlo.

Si el concepto —como surge del articulado aprobado y sus fundamentos— pretende ser válido, *aún para los Títulos valores no cartulares* (Sección 3ª artículo 1850) en los cuales por definición *“la prestación puede no incorporarse a un documento”* la expresión “El Portador” no corresponde.

Se debe aludir a *“El legitimado”*, entendiendo por tal, el que ha cumplido con las normas que rigen la circulación del título, para ejercitar los derechos inherentes al mismo.

Queda así debidamente fundado que la expresión “El legitimado” es más acorde y se corresponde con el núcleo de lo que quiere legislar el artículo 1816.

“El Portador”, no puede mentar válidamente, a aquél que ejerce legítimamente los derechos de los títulos no cartulares. *Brevitatis causa* me remito a lo dispuesto en los artículos 1850 y 1850.

VII.3.7. Errores conceptuales en el artículo 1816

Siguiendo con la redacción de la norma citada, debo observar que contrariamente a lo expuesto, el documento *se recibe* conforme a la ley de circulación. Y la autonomía no se **tiene**, sino que **se adquiere, en forma originaria, al recibir el documento** conforme a su ley de circulación como queda dicho.

Si debemos tomar el título del artículo (*Autonomía*) como formando parte del contenido, se infringe una regla básica que “en la definición no se debe incluir la palabra o concepto a definir” porque se incurre en una tautología (pleonismo o redundancia).

Lo correcto técnicamente y como aporte a su adecuada interpretación es mantener el Título *Autonomía* y en el texto expresar “*adquiere un derecho originario*” (que describe el carácter de autónomo).

Por lo explicitado, la redacción correcta del artículo 1816, debe ser la siguiente: Autonomía: “**El legitimado** de buena fe de un título valor, que lo **recibe** de conformidad con su ley de circulación, *adquiere* un derecho originario y le son inoponibles las defensas personales que pueden existir contra anteriores legitimados. A los efectos de este artículo, el mismo es de mala fe si al adquirir el título procede a sabiendas en perjuicio del deudor demandado”.

VII.3.8. En el análisis de los artículos 1816 y 1817, se debe partir del principio receptado que para ser considerado legitimado y de buena fe, la única probanza exigible —y comprobable por el legitimado pasivo— es que el requirente *lo recibió de conformidad a la ley de circulación*. Ello dicho sin perjuicio, que en nuestro derecho la buena fe se presume (arg. artículo 4008 del Código Civil vigente y artículo 1862, del Anteproyecto 98 y 1816 del nuevo Ordenamiento. A su vez los artículos 1916 y 1919 del mismo estatuyen en forma conjunta que “La relaciones de poder se presumen legítimas y de buena fe, a menos que exista prueba en contrario”.

De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia imperante, se exige en la especie una *buena fe diligente*, como lo recepta la primera parte del artículo 1816, antes transcrito.

Ello porque le incumbe a cada interviniente en los actos de transmisión y adquisición, **la carga de atención** de verificar que se cumplan los requisitos materiales y de forma que la ley impone para que cada especie de título, circule válidamente o se transmitan los derechos inherentes a los mismos, según el tipo de título que se trate.

El legitimado pasivo, a su turno, deber constatar formalmente esa circunstancia —el cumplimiento de la ley de circulación— si quiere liberarse válidamente al pagar. Por ende, el deudor u obligado será el encargado de alegar y probar la mala fe del legitimado requirente (y en este caso, corre con la carga probatoria).

El Anteproyecto de 1998 en su artículo 1749 disponía: “Pago liberatorio. El deudor que paga a quien adquirió el título conforme con su ley de circulación, queda liberado, salvo que al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere”.

El nuevo artículo 1817 también bajo el título de “*Pago liberatorio*” repite el mismo texto pero le agrega al final “Sin embargo, si el deudor no recibe el título valor, se aplica lo dispuesto por el artículo 1819”.

La consecuencia de la primera parte de esta disposición, es que el deudor, sólo podrá negarse válidamente a pagar, si no se ha cumplido con la ley de circulación que le atañe al título valor de que se trate. O si pese a ello, *dispone al momento del pago, de pruebas “in continenti” es decir en forma inmediata y sin dilación alguna*, que demuestren la mala fe del que le requiere el pago (confrontar artículo 2293 del Anteproyecto 87).

Esto es así porque en la especie, los principios que gobiernan o tutelan a los Títulos Valores son los de *simplificación de formalidades*, el de la *certeza de la existencia en la adquisición del derecho* y el de la *seguridad en la realización*.

Es decir que el derecho se hará efectivo sin más dilaciones al momento del pago (vencimiento) en función de la adquisición originaria, salvo la excepción que contiene el artículo que comentamos.

VII.3.9. El concepto de adquisición autónoma del derecho incorporado, también es aplicable al Título Valor no cartular insertado en registros especiales (artículo 1850).

En el ámbito de todos los Títulos Valores, por el carácter originario de la adquisición, no resulta aplicable la normativa establecida en el derecho común, referida a la adquisición derivada de derechos (artículo 399 ya citado y, en la legislación que hoy nos rige, artículo 2412 u. p., 3270/72 y conc. del CCiv.).

El que adquiere el título no cartular conforme a su ley de circulación, igual que en los cartulares, adquiere un derecho nuevo (“*ex novo*”), distinto al que tenía el anterior poseedor. En los cartulares el derecho que está literalizado en el documento constitutivo de la obligación. En

los no cartulares en el instrumento de fecha cierta que quedó registrado conforme a la ley o cuando una disposición legal lo establezca (ver artículos 1820, 1821 inc. b y 1850).

Ello implica que ambos derechos, se independizan de las relaciones personales (subjetivas) de los anteriores poseedores.

Se efectiviza con esa adquisición originaria, **una prescindencia circunstancial subjetiva**.

Prescindencia, porque no se predica que las relaciones personales o subjetivas anteriores no existan o no hayan existido.

En la realidad negocial, existen sujetos anteriores y relaciones que de ellos se derivan que pueden tener sus anomalías o irregularidades, *pero se prescinde de esas relaciones y de los vicios que éstas pudieren contener y de las defensas que pudieran originar*. Por ello resultan irrelevantes, inoponibles e ininvocables, en los límites que establece la ley (artículos 1816, 1819, y especialmente artículo 1821 y conc., en vista, que coinciden con las explicaciones que se formulan).

Circunstancial, porque se prescinde de las relaciones personales anteriores, sólo en ciertas circunstancias: Si el requirente (portador en los cartulares) *es legitimado* y por ende es de buena fe (artículos 1816, 1819, 1821 cit.).

En los casos que se haya actuado de mala fe o con culpa grave o *a sabiendas en perjuicio del deudor reclamado, la prescindencia cesa* y pueden oponerse excepciones subjetivas o personales relativas a poseedores anteriores (artículo 1816 u. p.). La autonomía es esencialmente una “terciervalencia”; adquiere su real trascendencia con relación a terceros, porque *entre obligados inmediatos—en un proceso de conocimiento pleno—* las excepciones personales o causales serían oponibles.

Debo precisar, que resultan inoponibles por la adquisición autónoma, *sólo las defensas de tipo personal* (ej. incapacidad) *relativa a los poseedores anteriores*.

Como se verá, *son oponibles* las excepciones o defensas personales relativas *al requirente del pago que actúa en nombre propio*. Expresa el “artículo 1821 “El deudor sólo puede oponer al portador del título valor las siguientes defensas: a) las personales que tiene respecto de él, excepto el caso de transmisiones en procuración, o fiduciarias con análoga finalidad”.

Esto no descarta ni impide, que se puedan oponer defensas de otro tipo (sustanciales, objetivas o formales o causales) siempre claro está que **el tipo de título y de proceso, lo permita** (juicio de conocimiento pleno).

Además y en razón de esta adquisición originaria, no es oponible frente al legitimado, la excepción de “cosa robada o pérdida”, que en materia de derecho común y de cosas muebles permiten artículos 399 y 1819 del nuevo Código (artículo 2412 u. p., 3270/72 del Código Civil vigente) por cuanto no es susceptible de reivindicar el título que se encuentre en poder —como decimos— de un legitimado.

Así lo consagra acertada y sistemáticamente el artículo 1819 al disponer: “Quien adquiere un título valor a título oneroso, sin culpa grave y conforme con su ley de circulación, no está obligado a desprenderse del título valor y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado”.

Conforme a lo explicado, el texto es superador del que contenía el artículo 1751 del Anteproyecto del 98, que sólo establecía: “Quien adquiere un título valor de buena fe y conforme con su ley de

circulación no está obligado a desprenderse del derecho que de él emana y, en su caso, no está sujeto a reivindicación ni a la repetición de lo cobrado”.

Es decir que para resistir la reivindicación o la repetición de lo cobrado, se aplican más recaudos (*adquisición a título oneroso y sin culpa grave*) que los que se exigen para la adquisición originaria y con ella el derecho autónomo, con las consecuencias que he desarrollado (ver artículo 1816 ya tratado).

Si el reivindicante prueba que la adquisición no fue a título oneroso, que se lo adquirió con culpa grave y no se actuó conforme a la ley de circulación, logrará la reivindicación del título o en su caso la repetición de lo pagado.

VII.4. Defensas (artículo 1821)

Conforme a las limitaciones de las defensas oponibles al legitimado activo, que devienen de los caracteres esenciales que se les atribuyen a los Títulos en estudio, en las normas que antes hemos tratado, el artículo 1821, establece cuales son las defensas que resultan admisibles en la ejecución del documento por la falta de pago.

Regla el artículo 1821: **Defensas oponibles**. El deudor sólo puede oponer al portador del título valor las siguientes defensas:

a) las personales que tiene respecto de él, excepto el caso de transmisiones en procuración, o fiduciarias con análoga finalidad;

Se basa en la adquisición originaria del derecho, anteriormente explicitada.

b) las que derivan del tenor literal del título o, en su caso, del tenor del documento inscripto de conformidad con el artículo 1850;

Se origina en las limitaciones que impone el rigor formal, en el sentido que el derecho queda constreñido al texto insertado en la cartula y en los títulos causales lo en él queda referenciado. En los no cartulares, en lo dispuesto en el instrumento con fecha cierta, inscripto (artículo 1820 y 1850).

c) las que se fundan en la falsedad de su firma o en un defecto de capacidad o de representación al momento en que se constituye su obligación, excepto que la autoría de la firma o de la declaración obligatoria sea consentida o asumida como propia o que la actuación del representante sea ratificada;

Se suscita este tema en los preceptos que regulan, que todo acto obligacional en títulos valores, contienen una declaración unilateral de voluntad exteriorizada con y por la firma auténtica del suscriptor o interviniente.

Es preciso aclarar que como surge del derecho vigente y ahora se ratifica por la reforma aprobada, aunque por cualquier motivo el título valor contenga firmas falsas, o de personas inexistentes o que no resulten obligadas por las firmas, “son válidas las obligaciones de los demás suscriptores” (ver artículo 1823 y 1819).

d) las que se derivan de la falta de legitimación del portador;

Es aplicación de las normas vigentes, también ratificadas por el artículo 1816 y concordantes, que consagran que para ejercer los derechos inherentes al título, el portador debe ser legitimado, es decir haber adquirido el título conforme a la ley de circulación del mismo. En los endosables, por una regular continuidad de endosos (ver artículo 1842).

e) la de alteración del texto del título o, en su caso, del texto inscripto según el artículo 1850;

Se trata como veremos de una excepción subjetiva (personal) absoluta. La puede oponer cualquier firmante u obligado (vr. gr. por aval por separado) al portador reclamante, cualquiera sea la forma de adquisición del documento.

Analizaremos el concepto y efectos de la denominada *alteración*, cuando abordemos, más adelante, el artículo 1832 (III ap. 9).

f) las de prescripción o caducidad;

Es necesario citar aquí que el nuevo “corpus iuris” generaliza para todas las acciones derivadas de los documentos endosables y de los al portador, el plazo de prescripción de un año.

El artículo 2564, dispone al respecto: “Plazo de prescripción de un año. Prescriben al año (...) *“d) los reclamos procedentes de cualquier documento endosable o al portador, cuyo plazo comienza a correr desde el día del vencimiento de la obligación;*

Se han aprobados normas generales también sobre caducidad (que no están legisladas en la actualidad) en los artículos 2566 a 2572.

Fundado en lo que he expresado en otros acápite del presente y además en las reglas y principios hermenéuticos sobre la aplicación de las leyes en colisión temporal, en el sentido que la ley especial se aplica con prelación a la general, soy de opinión *que en los papeles de comercio legislados por leyes especiales no derogadas, rigen las normas sobre prescripciones y caducidades que allí se disponen en forma específica para estos cartulares* (ver lo expuesto y citado supra punto 1.2.).

g) las (acciones) que se fundan en la cancelación del título valor o en la suspensión de su pago ordenada conforme a lo previsto en este Capítulo;

Se legislan las normas aplicables a la Cancelación, en el Parágrafo 3º artículos 1871 y sgtes.

Y finalmente,

h) las de carácter procesal que establecen las leyes respectivas.

Recuerdo que los Códigos dictados por la Nación tienen primacía constitucional, sobre las legislaciones provinciales. Por ello, las Provincias en sus Códigos Procesales no pueden declarar admisibles defensas o excepciones, contrarias a los caracteres esenciales que se consagran en la Reforma, y que hemos examinado.

Al margen de disputas terminológicas, el inc. h) reconoce la facultad constitucional de las provincias de establecer las excepciones —de índole procesal— en sus leyes de rito.

Implica un avance, porque no se deja librada totalmente a la interpretación de las legislaciones locales.

Para ello se establece en el artículo 1821, *cuales son las limitaciones o restricciones sustanciales a las defensas o excepciones oponibles:*

Las que se derivan de la causa fuente del Título (la declaración unilateral de voluntad), del carácter de la promesa (irrevocable e incondicional), de la adquisición originaria (autonomía), del carácter necesario y literal de los títulos cartulares, del cumplimiento de la ley de circulación para tenerse al requirente como legitimado, las consecuencias que trae la autonomía de cada una de las obligaciones insertas, en el caso de modificación material del tenor escrito del título o del documento inscripto.

Los Anteproyectos de Unificación anteriores, preveían las causales de oposición al cobro del título valor y en tal sentido tomaban como base general, lo dispuesto en el artículo 1993 del Código Italiano.

El nuevo Código coherente con su tesitura de legislar por primera vez sobre los Título Valores en general, acierta en establecer las defensas oponibles.

VII. 5. El artículo 1825 “Representación inexistente o insuficiente”

Se incorpora una regla distinta a la imperante con relación a los papeles de comercio (especie cartular con los caracteres de necesidad, literalidad, autonomía, abstracción y rigidos como he explicitado por el rigor cambiario formal).

Dispone el artículo 1825: “Quien invoca una representación inexistente o actúa sin facultades suficientes, es personalmente responsable como si actuara en nombre propio. Igual responsabilidad tiene quien falsifica la firma incorporada a un título valor”.

Para todos papeles de comercio que acabo de citar, en razón del carácter supletorio que tiene la legislación sobre letra de cambio, respecto a los mismos, está vigente al respecto (hemos citado anteriormente el artículo 5° de la ley 26.994 que no solo no lo ha derogado, sino que lo ratifica) un concepto más puntualizado: “Artículo 8°: El que pusiese su firma en una letra de cambio como representante de una persona de la cual no tiene poder para ese acto, **queda obligado él mismo cambiariamente** como si hubiese firmado a su propio nombre; y si hubiese pagado, tiene los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado. *La misma solución se aplicará cuando el representante hubiese excedido sus poderes*” (dec.-ley 5965/1963).

Como puede observarse la disposición cambiaría por los rigores de forma y contenido que la rigen, constriñe la extensión y carácter que asume aquel que alega una representación, que no existe o que es insuficiente.

Como norma especial, no sufrirá modificaciones de acuerdo a lo normado por artículo 1834: “Las normas de esta Sección: *a. se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados; b. no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen*, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos”.

Lo que constituye una novedad normativa para los Títulos en General, es el párrafo final del artículo 1825 referido a que “igual responsabilidad tiene quien falsifica la firma incorporada a un título valor”.

En la legislación vigente la actuación del falsificante en su responsabilidad civil, queda regida por las normas generales que establecen que “quien produce un daño a otro asume *la responsabilidad integral de resarcirlo*” y que en el caso encuadran en los artículos 1073 a 1083 y concordantes del Código Civil de Vélez (delitos).

La nueva disposición generará dudas doctrinarias y jurisprudenciales, respecto a si ahora al establecerse para los títulos valores, que el falsificante “*es personalmente responsable como si actuara en nombre propio*” significará un beneficio para el falsificador, en cuanto a su responsabilidad civil por daños. Entendemos que quedará sujeto a interpretación, si la responsabilidad del falsificador, quedará limitada *al monto de la falsificación y sus accesorios*, como si él “hubiera firmado en nombre propio” o si se le aplicará la responsabilidad integral de la parte general (o plena como dice ahora el nuevo Código en sus artículo 2012, ver artículos 1716, 1724 up. 1737/1740).

En mi opinión se deberá interpretar este evento, a favor de la responsabilidad plena o integral, porque *no puede quedar en paridad el falsificante* (autor de un ilícito penal sancionable) *con el firmante* que efectúa un acto lícito protegido por las leyes y que solo responde por el monto de la obligación que ha asumido.

En este sentido, estimo que serán aplicables los artículos 1724 y 1774, en concordancia con los artículos 1737/38 y demás normas que le dan integridad al sistema que se legisla en el *Título V De otras fuentes de las obligaciones Capítulo 1 Responsabilidad civil*.

El párrafo final del artículo 1825 que innova indebidamente, debe ser eliminado.

De esta forma como decimos, probada la autoría, el falsificante responderá por todos los daños y perjuicios que su falsificación hubiere ocasionado a la víctima de la misma.

De hecho, la cuantía de la responsabilidad plena por el delito cometido, puede exceder en mucho el monto de la obligación contenida en el documento cuya firma se ha falsificado.

Es sabido que la falta de pago del documento, originado en la falsificación, puede traer aparejadas circunstancias muy variadas en la compleja vida negocial actual: embargos, inhibiciones, pedido de quiebra, anotación en el Veraz, calificaciones bancarias y crediticias deficientes etc. Todo ello que

pueden llevar los daños y perjuicios morales y materiales sufridos por la víctima de la falsificación, a sumas muy elevadas y por ende muy por encima del monto de la obligación falsificada.

Por estas razones, para no dar posibilidad que se entienda que es solo una responsabilidad cartular la del falsificante, reitero debe eliminarse el párrafo que establece “*es personalmente responsable como si actuara en nombre propio*”.

VII.6. El artículo 1826. Responsabilidad. Solidaridad

Aquí se varía las normas que tradicionalmente han regido en materia de títulos valores cartulares (“papeles de comercio”, artículo 689, 699 al 717 del Cód. de Com. derogadas por el artículo 51, 53, 97 y 103 del dec. -ley 5965/1963, para la Letra de Cambio y Pagaré; Ley 24.452, artículo 40 sobre Cheques).

Los artículos que se mencionan establecen que “todos los firmantes” de esos títulos, “quedan obligados solidariamente” frente al portador legítimo.

Se trata de una solidaridad legal.

En cambio el artículo 1826 (ver también el 1846) citado dispone en la parte motivo de este acápite: “*Excepto cláusula expresa en el título valor o en uno de sus actos de transmisión o garantía, están solidariamente obligados al pago los creadores del título valor, pero no los demás intervinientes*”.

Esta innovación es contraria a la finalidad y a los principios que rigen desde sus orígenes, a todos aquellos títulos que están destinados orgánicamente a la circulación y que pretenden dar seguridad en la realización del derecho incorporado al título.

El título destinado a circular, es recibido por el nuevo adquirente en base al conocimiento y solvencia de quien es su transmitente inmediato y al creador originario lo desconoce (salvo intermediación en el único caso del primer tomador). Por lo que la solidaridad en el sistema vigente, le otorga mayor seguridad para el cobro por la obligación que asumen todos los intervinientes y con ello se favorece la transmisión de estos valores a terceros.

La norma con la que innova la reforma, pasaría a requerir, que el título contenga en el origen y expresamente, la cláusula de solidaridad generalizada de los firmantes o que en cada caso que el nuevo adquirente imponga la solidaridad, requiriendo una cláusula expresa en tal sentido, insertada por su transmitente firmante o garante.

Es sabido, que los usos y costumbres, son las pautas que sigue la gente común en el ámbito negocial y más aún los propios comerciantes. Esta nueva regla solo traerá para ellos problemas en la práctica y ningún beneficio.

Por ejemplo si está insertada en la creación la cláusula de solidaridad de todos los futuros firmantes ¿Se admitirá cláusulas en contrario de posteriores firmantes (endosantes)? *La exención hoy está vigente en caso de endoso sin responsabilidad, en los títulos en lo que todo los firmantes quedan obligados solidariamente por disposición legal* (artículos 16, 103 Ley de Letra de Cambio y Pagaré y 16 Ley de Cheque antes citadas).

La expresión del artículo 1826 “en uno de sus actos de transmisión o garantía” ¿Impide que se la introduzca “en todos”?

¿Se requerirá doble firma, una para el endoso o garantía y otra para darle validez a la solidaridad?

Si la cláusula está insertada en el acto de creación ¿deberá tener doble firma del creador o sólo llevará una si el documento está redactado en formulario impreso?

Lo que expongo no es un ejercicio teórico.

Todos estos interrogantes se plantearon por la defectuosa legislación que introdujo la cláusula “sin protesto” que generó un vendaval de excepciones. Hasta que el famoso artículo 50 de Letra de Cambio,

sufrió una modificación aclaratoria. Debate en el que intervinimos proponiendo la redacción, que finalmente tiene la norma (ver “La cláusula sin protesto”: Separata de la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, T. XI, nro. 25, p. 85 hasta 122).

Obsérvese que la *finalidad ha sido flexibilizar la solidaridad*, de esta forma disminuirá la seguridad en el cobro.

Lo lógico es que en beneficio del la movilidad de estos activos y del comercio en general, se establezca la premisa inversa y así lo propongo.

El artículo debería decir: Artículo 1826: **Responsabilidad**: “Todos los firmantes de los Títulos Valores, quedan obligados solidariamente frente al legitimado, salvo cláusula en contrario *en el acto de transmisión o garantía*”.

En tal caso, *si el transmitente*, por el prestigio patrimonial de los creadores o anteriores endosantes o garantes, desea no responder solidariamente, podrá requerir la cláusula de eximición de solidaridad.

Los Títulos Valores son generalmente parte de los negocios de una plaza comercial, y esta materia se ha regido desde siempre, por los usos y costumbres.

La práctica usual e inveterada no ha causado inconvenientes. Innovar en este tema, de por sí mismo es inconveniente, pero hacerlo en forma confusa, no mejora, no es útil, no se justifica.

Sin perjuicio de lo explicitado precedentemente, al tratar los títulos valores a la orden, se verá que esta innovación queda muy acotada por las normas que implanta la reforma al respecto de los mismos (ver V. 3).

VII.7. El artículo 1827 “Novación”

El citado en el epígrafe corrige el artículo 1759 del Anteproyecto de 1998, de similar contenido. (Es coincidente con una crítica que le formuláramos al mismo en su oportunidad, Rev. Colegio de Abogados La Plata, Ed. Especial. 75 Aniversario, nro. 38, año 1999, p. 150, nro. 10).

Dijimos entonces “(...) el Anteproyecto 98, incurre en un grave error. Cuando dispone en el artículo 1759 cit. que el titular solo puede instaurar la acción causal contra el deudor requerido “si cumplió las formalidades necesarias para que este pueda ejercer las acciones de reembolso **y restituyó el título**” si es un cartular está consagrando un contrasentido”.

“Si el legitimado ejercita la acción causal *y restituyó el título* (el pasado connota que previamente al inicio de la misma) se hará pasible de la excepción de pago, por cuanto el título de crédito en poder del deudor implica pago y liberación, como lo sostiene la doctrina y jurisprudencia en forma uniforme. Se debe establecer —como lo hace entre otras la ley italiana— que al ejercitarse la acción causal, “se debe acompañar el título de crédito” —como prueba de su impago— y agregué “para *ponerlo a disposición del demandado*”, en el evento que pague la deuda que se le reclama. De esta manera podrá ejercer el deudor demandado que pagó, las acciones que —en su caso— le competan y se deriven del mismo”.

Como anticipamos se ha enmendado el error, disponiendo ahora (artículo 1827) que “excepto novación, la creación o transmisión de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal o subyacente. El portador sólo puede ejercer la acción causal contra el deudor requerido si el título valor no está perjudicado, **y ofrece su restitución** si el título valor es cartular. Si el portador ha perdido las acciones emergentes del título valor y no tiene acción causal, se aplica lo dispuesto sobre enriquecimiento sin causa”.

Hubiera sido completo técnicamente el concepto y lo normado, si como propusimos en su momento la norma fuera clara —y en esto no lo es— en imponer al accionante (*como condición de procedibilidad de su acción causal*) que “debe acompañar a la demanda el cartular” —**como prueba de su legitimación** y

del impago— “poniéndolo a su vez *a disposición del demandado*, sólo para el evento que el accionado pague la deuda que se le reclama”.

Por otra parte la expresión **restitución**, no es acorde con la realidad negocial y tiene otra connotación.

No se repone ni se *restaura* nada al deudor. Porque el que ostenta el cartular, es portador legítimo y el deudor no ha sido desposeído del título, sino que lo ha creado y puesto en circulación o lo ha transmitido.

El documento no se *restituye*, solo se lo pone a su *disposición al instaurar la demanda* y se lo *entrega, si el demandado lo paga*.

La norma debería quedar redactada así:

El **artículo 1827 “Novación”**.

“Excepto novación, la creación o transmisión de un título valor no perjudica las acciones derivadas del negocio causal o subyacente. El Legitimado sólo puede ejercer la acción causal contra el deudor requerido si el título valor no está perjudicado, **y lo acompaña con la demandada si es cartular y ofrece su entrega en caso de pago**. Si el legitimado ha perdido las acciones emergentes del título valor y no tiene acción causal, se aplica lo dispuesto sobre enriquecimiento sin causa”.

La procedencia de suplantar portador por legitimado ha sido explicada con anterioridad, por eso se prevé que acompaña el título valor si es cartular.

VII.8. Sección 2º. Títulos Valores Cartulares

VII.8.1. El carácter necesario. Artículo 1830

Como decimos en el rubro de este acápite, los Títulos valores cartulares, se legislan en la Sección Segunda, en una parte general que comprende los artículo 1830/36 (artículos 1762 a 1768 del Anteproyecto 98).

En sus dos primeras normas se precisa, que a los caracteres esenciales de los títulos valores en general que hemos comentado en párrafos anteriores, se agregan dos más en los cartulares.

El carácter de **necesario** del documento, es porque el título no sólo se posee, sino que se debe presentar y exhibir, para exigir el pago, y en su caso se entrega. Y el de **literal** del derecho incorporado, insertado o que contiene el documento (o cártula) porque vale en la extensión de su texto o tenor escrito.

Está admitido tanto en el ámbito nacional como en el internacional de legislaciones similares, que en éstos títulos valores cartulares (o títulos de crédito en nuestra tradición y en otras legislaciones), no se pueden ejercitar los derechos inherentes o resultantes del mismo, si no se es poseedor y exhibidor presentante del mismo.

En principio *la necesidad o carácter necesario* es la consecuencia inescindible desde el punto de vista funcional, del carácter de cosa mueble que ostenta el documento (ver artículo 1815) y por la conexión permanente existente entre cártula y derecho objetivado literalmente en ella, que deviene de la incorporación, ya tratada.

Pero también tiene relación directa con el elemento material de la Legitimación (ver artículo 1817).

Cualquiera sea la ley de circulación del título *cartular* en particular, se deberá dar cumplimiento a los requisitos esenciales. A los de forma, que se imponen en cada ley de circulación singularmente considerada (Portador, a la orden o nominativo) Y al requisito material, que **es poseer, exhibir y en caso de pago entregar el documento necesario**. De esta manera se transfiere y se adquiere válidamente la Legitimación Activa del título valor.

El significado técnico del fenómeno de la incorporación del derecho al documento, se expresa (u origina) en la conexión permanente que existe desde su creación, entre derecho y carátula (o soporte papel). Implica e impone que el obligado no reconocerá como Legitimado ni siquiera al titular del derecho base, si a su vez no es portador legítimo del mismo (artículo 1842).

A *contrario sensu*, por esa misma razón, el obligado le pagará al legitimado, sin indagar si a su vez, también es titular del derecho.

Por lo demás, todo derecho que afecte al documento, se deberá hacer efectivo sobre el mismo (ver artículo 1822).

El Código en estudio, que hasta ahora entrará en vigencia en agosto venidero, acoge esta doctrina generalizada (igual que lo hacía el artículo 1762 del Anteproyecto 1998) y dispone en su artículo 1830 que: *“Necesidad. Los títulos valores cartulares son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado”*.

Pero lamentablemente, no se ha prestado atención técnica al error que contiene esa norma (se podría decir existencial pues está referido al “nacimiento” del cartular como documento).

Antes de “nacer” o “ser” el documento cartular (*previo a la creación del título valor*) solo existen —entre acreedor y deudor— *relaciones quirografarias y causales emergentes de alguno de los diversos negocios y de las variadas fuentes obligacionales*.

Recién cuando mediante **la declaración unilateral de voluntad del deudor de esas relaciones**, se incorpora literalmente el contenido económico de la deuda, **a un soporte papel**, se produce la conexión permanente *entre declaración de voluntad y cartula* y ahí entonces, **nace el título valor** que, **a partir de ese momento, sí va a tener el carácter de necesario**.

Antes de esta etapa, el Título Valor no existe y es obvio que su carácter esencial de necesario, tampoco.

Desde la creación, si se puede afirmar que, para su transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado a la cártula, rige el carácter necesario. Lo mismo ocurre para las medidas precautorias, como lo dispone el artículo 1822, que estatuye: “Las medidas precautorias, secuestro, gravámenes y cualquier otra afectación del derecho conferido por el título valor, no tienen efecto si no se llevan a cabo: a) en los títulos valores al portador, a la orden o nominativos endosables, *sobre el mismo documento*”.

Por todo lo explicitado, la redacción que proponemos para el artículo 1830 es eliminar la palabra *creación por absurda* y el mismo quedaría así: “Necesidad. Los títulos valores cartulares son necesarios para la transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado”.

VII.8.2. Artículos 1831: literalidad. *“El tenor literal del documento determina el alcance y las modalidades de los derechos y obligaciones consignadas en él, o en su hoja de prolongación (artículo 1831)”*.

Este artículo merece una crítica de índole similar a la que le realizara al artículo 1816 y que más adelante formularé al artículo 832.

Como fundé, si el título del artículo (literalidad) forma parte del contenido del mismo, se infringe una de las reglas lógicas básicas de las definiciones, que establece que estas no pueden ser circulares o redundantes (tautología).

Pero la crítica va más allá del aspecto gramatical, que por cierto no es menor.

Si se pretende que el intérprete comience su labor hermenéutica por las palabras de la Ley (ver el artículo 2º que he observado), debe ser claro con los vocablos que utiliza.

La doctrina y jurisprudencia nacional uniforme, está conteste en el significado del carácter literal, en razón de ello y de eliminar la tautología, propongo que quede redactado del siguiente modo:

Artículos 1831: Literalidad “el tenor escrito del documento determina la validez, cuantía, modo y exigibilidad del derecho incorporado al mismo o en su caso, en la hoja de prolongación”.

El concepto de validez ausente en la norma que analizamos, es preponderante.

Son requisitos de forma tasados por la ley, los que se deben cumplir para crear un Título Valor cartular válido como tal.

Entendemos que esa descripción conceptual, es más clara, comprensiva y atinente al carácter esencial que se quiere definir, que la contenida en el artículo en vista, y proponemos su modificación en tal sentido.

Nos fundamos para hacer esta crítica y proponer otro texto, en que la literalidad debe ser considerada, una *intensificación* del carácter esencialmente formal común a todos los títulos de crédito o títulos valores cartulares, sean causales o abstractos.

La ley impone al derecho literal, requisitos de forma tasados o impuestos por ella, como indicamos.

No existe para su creación libertad de formas.

La literalidad se expresa en forma tal, que tanto el portador legítimo como el obligado, deben atenerse al tenor o texto escrito del título, en todo lo que concierne a la validez, extensión, cuantía, modalidad y vigencia, del derecho incorporado, objetivado en el documento.

El *derecho* incorporado tiene carácter literal, el *documento* es necesario.

Existe como consecuencia del carácter que analizamos, una carga bilateral de atención que se les impone a los intervinientes, que exige una exacta lectura del texto.

Tanto para el que lo crea —o transfiere o avala— como para el recibe el documento.

Todos están constreñidos a conocer, respetar y limitarse, al tenor escrito del mismo.

No se puede exigir más, ni ofrecer pagar menos, que lo que el texto del título expresa.

En algunos supuestos, como en el cheque común, el librador responde por los vicios de forma.

VII.9. Artículo 1832. Alteración: “En caso de alteración del texto de un título valor cartular, los firmantes posteriores quedan obligados en los términos del texto alterado; los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto original. Si no resulta del título valor o no se demuestra que la firma fue puesta después de la alteración, se presume que ha sido puesta antes”.

Pocas normas como la transcripta, explican o fundan mejor la tesis hermenéutica que sostiene que la norma legal, es un marco de posibilidades.

El intérprete la singulariza o aplica al caso especial y a sus circunstancias, mediante una toma de decisión o de posición, a través de un acto de voluntad, vertebrado en el ámbito delimitado por la norma pertinente (se amplía más adelante).

Como se observa de las palabras contenidas en el artículo en cuestión, sólo surge que la “*Alteración, es la alteración del texto del título valor cartular*”.

Se reincide en un error similar, fundado con anterioridad: tautología.

La única interpretación inicial es que la alteración debe estar referida al texto (tenor escrito de la letra).

¿Pero en qué consiste la llamada alteración?

¿Se refiere a modificaciones materiales o ideológicas?

¿Incluye las lícitas o sólo a las que se derivan de un ilícito?

¿Deben o no ser visibles?

¿Anulan o no al cartular?

Hay fallos que discrepan sobre todas las respuestas a estos interrogantes, al igual que la doctrina. Alguna jurisprudencia ha interpretado que la alteración debe **ser ilícita y no visible**.

En tal sentido se ha declarado:

“El testado del nro. 19 (...) predispuerto en el formulario de pagaré, en el lugar en el que se consigna la fecha de creación, habiéndose insertado en los espacios existentes a continuación para completar el año el número 2001 manuscrito, en el renglón correspondiente, con el mismo tamaño, separación y características del resto del texto manuscrito, constituye una **simple alteración perceptible a simple vista** y no una adulteración o falsificación dejada oculta al efectuarse, en donde hubiera sido menester para su demostración el empleo de medios técnicos especiales”.

En otros caso se ha sostenido que “El testado, en el formulario pre-impreso del pagaré, del año ‘19...` por el año ‘2001` no configura una estricta falsedad de la ejecución. El borrado de la expresión ‘Bs` en la sección donde se consigna la fecha, no reviste influencia en el texto del pagaré”. “La alteración sobre una mención esencial del pagaré, la fecha de vencimiento, *determina su anulación*, pues la leyenda ‘a la vista` introducida en el texto auténtico tiene trascendencia jurídica en perjuicio de la parte a quien se opondrá, más allá de que la expresión borrada, ‘24 de ...`, sea incompleta” (puede verse CC0103 LP 225554 RSI 483-96; CC0000 PE, C 5526 RSD 91-5 S 14-6; C. Nac. Com., sala A, 05/09/2006, “Zaccarías, Enrique A. c. Vegas, Juan C. ”; C. Nac. Com., sala E. 22/08/1997. “Oddesky, Alberto J. c. Cao, Francisco M. s/ejecutivo” (C. Nac. Com., sala B, 28/09/1983; “Aceros Dalmat SA c. Ramos, Pedro, Ejec. ”) Mag. Votantes: Martiré, Morandi, Williams).

En nuestra postura doctrinaria, conteste con la mayoría de los más prestigiosos Tribunales del País, adoptamos una posición distinta a esos precedentes. Es la que impera también en la doctrina italiana, que informó y fue la base de la legislación que nos rige en títulos regulados por leyes especiales. (6)

Sostenemos que de acuerdo al concepto establecido en el artículo 88 de la Ley de Letra de Cambio y Pagaré —que es similar al del nuevo Código, salvo una palabra como veremos— *no deben formularse distinciones entre las diversas y posibles alteraciones del texto del cartular*: V. gr.: sustituciones o mutilaciones de palabras o cifras, supresión de menciones, agregados al texto primitivo, borrados realizados por cualquier medio (técnicos o químicos) de parte del mismo y/o suplantados por otros, enmiendas, interlineados y otros similares, *no salvados debidamente por el firmante*.

Quedan así incluidas en nuestro concepto las alteraciones, **lícitas** (cambios voluntarios de los firmantes por un error, enmienda o agregado, *no salvados debidamente*) las **ilícitas** (falsificación o modificación material por cualquier medio), sean ellas visibles o no visibles a simple vista (en el lenguaje de los peritos “a ojo desnudo”, por oposición a las que se ven con lupa, medios técnicos o con gigantografías).

Se comprenden también por consecuencia, a aquellas *sólo detectables mediante pericias de cualquier tipo* (caligráficas, químicas o por el método scopométrico).

(6) Sobre lo analizado y expuesto en el presente título puede verse: FERRI, G., *Titoli di crédito*, Turín, 1958 (hay traducción española, por el Dr. F. Legón, Buenos Aires, 1982); MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial”, t. IV, Egea, Buenos Aires, 1971; MONTOYA ALBERTI, Hernando, “Nueva Ley de Títulos Valores”, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

En este análisis, se parte del supuesto que estamos en presencia de un cartular válido en sus requisitos de forma y que la modificación cualquier tipo, se efectúe sobre el tenor su escrito texto. Se excluye del concepto de *alteración* las que conciernen a cláusulas adicionales que carecen de efectos cartulares o a menciones superfluas o extrañas *al objeto mismo de la declaración de voluntad unilateral incorporada al título valor*. Aunque las modificaciones —*al margen de texto*— hagan parte del cuerpo de la cártula o documento.

El documento *alterado materialmente en su texto* (es nuestro concepto de alteración), no deviene inválido o nulo, ni deja de considerarse como título valor, como lo ha sostenido algún fallo aislado.

Por ello se legisla expresamente sobre los *nuevos efectos* del mismo una vez modificado materialmente su texto, y según el obligado haya insertado su firma antes o posteriormente a que se produjera a la alteración y —en su caso— puede alegar y probar la adulteración.

Se parte de un principio lógico y de razonabilidad.

En el orden natural de las cosas si una declaración de voluntad cartular auténtica, se modifica voluntariamente en su tenor escrito, luego que el título ha salido del poder del obligado y entrado en circulación (sin estar salvado por el suscriptor debidamente), la alteración **se efectuará indudablemente para agravar la obligación**.

Por ello, la norma presume —salvo prueba en contrario— **que la firma ha sido insertada con anterioridad a la alteración**.

Aplica la regla “favor debitoris” (actual artículo 218 inc. 7º del Cód. de Comercio).

En consecuencia, *probada la alteración*, se presume “*iuris tantum*” que la firma del obligado se insertó en forma previa a la alteración, la cual obviamente dijimos, se efectuó para agravar su obligación. (7)

Como en el derecho vigente la prolongación es parte del cartular (es dorso) rige lo establecido también para ella (artículo 14 DL LC y artículo 1831 u. p. de nuevo Código).

Las leyes especiales vigentes y no derogadas, al referirse a que los firmantes anteriores a la alteración **quedan obligados** de conformidad **al contenido del texto originario**, aluden al tenor escrito *de origen* (el que realizó *el creador en el inicio o en la creación*, es decir al auténtico).

Erróneamente la Reforma se ha referido al **contenido del texto original**, lo cual como en algunos títulos cartulares se admite pluralidad de copias, aparecería como opuesto a esas *copias o reproducciones*.

El nuevo ordenamiento, utiliza la palabra “*original*”, con el sentido de oposición a *duplicado*. Por ejemplo en su artículo 1853, expresa: “**Sustitución por deterioro**. El portador de un título valor deteriorado, pero identificable con certeza, tiene derecho a obtener del emisor un duplicado **si resituye el original** y reembolsa los gastos. **Los firmantes del título valor original** están obligados a reproducir su firma en el duplicado”.

Esa norma da plena razón a nuestra crítica.

Es decir que el vocablo *Original*, debe estar referido al *documento*, en cambio *originaria u originario*, *se relaciona* con el texto auténtico *de la declaración de voluntad que el creador incorporó a la cartula*.

(7) La tesis defendida por las delegaciones de Suiza y Bulgaria en la Primera y Segunda Conferencias de La Haya tendía a que se aprobara que la “la alteración era anterior a la firma”. En ambas conferencias, Hungría propuso la tesis contraria: “se presume que la alteración es posterior”. En definitiva, éste fue uno de los aspectos que se dejó librado a la apreciación de los Tribunales y de las leyes locales, tanto en La Haya como en Ginebra. Como la legislación italiana (fuente mediata de la nuestra a través del Anteproyecto Yadarola) receptó la tesis húngara propuesta en La Haya, nuestro artículo 88 estableció esa regla interpretativa, que se ajusta a los principios generales que rigen el *onus probandi* -Anexo I: Final de notas (4)-.

La reforma puede haber seguido a la ley de Títulos Valores de Méjico, que en su artículo 13° también utiliza el término “original”.

En cambio el artículo 9° de la Ley Peruana, se refiere a los “términos del texto *originario* (auténtico)”, como la legislación Italiana.

La disposición vigente en materia de letra de cambio y pagaré que citamos, se refiere con mayor propiedad al *texto originario*, en cuanto al de “origen”, es decir a la declaración unilateral de voluntad que insertó el *creador* del título, que es la auténtica.

Cabe también preguntar si la alteración a que se refiere el artículo 1832, comprende el evento de la *violación del pacto extra cambiario de completación del cartular*, creado voluntariamente en blanco o incompleto.

La respuesta es negativa.

La alteración es modificación *material del texto existente*, insertado originariamente en la cártula.

La *violación del pacto extracambiario de completación del cartular*, creado voluntariamente en blanco o incompleto, se produce cuando aquél beneficiado por el pacto (o un tercero ajeno al mismo) integra el tenor escrito del título, incompleto, inexistente o en blanco, *en contra de lo acordado*.

Este es un supuesto de *falsificación ideológica* y no material, por ello no es alteración.

En la actualidad este otro tipo de falsificación, está previsto en el artículo 11, de la DL s/ Letra y Pagaré. Establece que “la inobservancia de estos acuerdo no puede ser opuesta al portador, a menos que éste la hubiese adquirido (a la letra) de mala fe o que al adquirirla haya incurrido en culpa grave”.

La última parte se refiere a que el portador **haya conocido el pacto y su violación** o que haya incumplido el estándar jurídico del buen comerciante (*diligente*) al cumplir con la ley de circulación.

El nuevo Código alude tangencialmente al pacto de completación y al cartular en blanco o incompleto en la *última parte* del artículo 1833, cuando dispone que “el título valor en el que se omiten las referidas menciones al tiempo de su creación, puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación, excepto *disposición* en contrario”.

Volveremos sobre esta última parte en el párrafo siguiente.

En definitiva y como conclusión a la crítica que fundamenté en este ítem, soy de opinión que el nuevo texto *debería modificarse de este modo*:

Artículo 1832. Alteración:

“En caso de modificación material de cualquier tipo, del tenor escrito de un título valor cartular, los firmantes posteriores a la misma quedan obligados en los términos del texto alterado. Los firmantes anteriores están obligados en los términos del texto originario. Probada la modificación, si no resulta del título valor o no se demuestra que la firma fue puesta después de la alteración, se presume que ha sido incorporada antes”.

VII.10. El artículo 1833: Requisitos. Contenido mínimo

“Cuando por ley o por disposición del creador, el título valor debe incluir un contenido particular con carácter esencial, no produce efecto cuando no contiene esas enunciaciones. El título valor en el que se omiten las referidas menciones al tiempo de su creación, puede ser completado hasta la fecha en que debe cumplirse la prestación, *excepto disposición en contrario*”.

Concuerda *en esencia* con los artículos 1°, 2°, 101° y 102/103° de las disposiciones sobre Letra de Cambio y Pagaré.

Pero hay una diferencia con el artículo 11° sobre letra de cambio en blanco. El artículo citado, último párrafo, fija una disposición *contraria al respecto*. Implanta un plazo de caducidad para su completación, *de tres años* desde la fecha de su creación.

Textualmente expresa “El derecho del portador de llenar la letra (y el pagaré artículo 103 de esa ley) caduca a los tres años desde el día de la creación de título”.

Dado lo dispuesto en el artículo 1834 (*dice: Las normas de esta Sección: a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados*), **la última parte del artículo 1833** (excepto disposición en contrario) *resulta superflua y redundante*.

Si hubiera expresado “salvo clausula en contrario”, sería correcta porque dejaría sujeta a la voluntad de las partes, establecer otro plazo para la completación.

Como se refiere a “*disposición*” asumimos que está aludiendo a disposiciones legales de los títulos legislados especialmente y cuyas leyes subsisten. Por ende en materia de Letra de Cambio y Pagaré, en función del nuevo artículo 1834 inc. a) prevalece a su respecto, lo normado por los artículos 11 y 103 citados y como sostenemos la última parte del artículo 1833, es una repetición innecesaria.

VII.11. Artículo 1835. Títulos impropios y documentos de legitimación

“Las disposiciones de este Capítulo no se aplican a los documentos, boletos, contraseñas, fichas u otros comprobantes que sirven exclusivamente para identificar a quien tiene derecho a exigir la prestación que en ellos se expresa o a que ellos dan lugar, o a permitir la transferencia del derecho sin la observancia de las formas propias de la cesión”.

Como el título y contenido del artículo lo expresan claramente, se están refiriendo a documentos meramente probatorios de derechos de índoles diversas, que carecen de los *caracteres constitutivos y otros esenciales de los Títulos Valores* y de allí deviene que no se le aplica lo legislado respecto a los mismos.

Como dijimos en el título III. 1. (Estado actual de la Legislación en el Ámbito de los Títulos Valores) no rige en la actualidad ni ha existido antes en nuestro país, una ley general sobre títulos valores o títulos de crédito.

Por tal motivo la doctrina y jurisprudencia local, debió abordar el estudio de esta clase de documentos para desentrañar sus características esenciales y aplicarle las normas que resultan compatibles con las mismas.

En esa tarea se dilucidó que *no eran títulos valores* y por ende no estaban alcanzados por las normas de la Teoría General de los Títulos valores. A esos documentos se los trata como *meros quirografarios*. En general son solamente probatorios de derechos de crédito o aportan una legitimación limitada.

En todo caso, el derecho que prueban *existe con independencia del documento mismo* y conforme al negocio base o que le dio origen, y se rigen por las normas que regulen a los mismo.

Por tal razón y por la especificidad normativa con que la Reforma unificadora, ha regulado ahora a los Título valores, *pareciera impropio dedicar una norma para enunciar declarativamente cuales no se rigen por ellas. Sería muy larga e innecesaria la enumeración de todos los documentos a los que no se les aplican el nuevo articulado*.

En consecuencia, porque es contrario a una correcta técnica legislativa, por ser de mero carácter enunciativo y superfluo, opino que corresponde la eliminación, del artículo que comentamos.

No dudo que pudo ser conveniente analizar y en su caso legislar separadamente, sobre ese tipo de documentos.

VII.12. El artículo 1836 sobre desmaterialización e ingreso en Sistemas de Anotaciones en cuenta

En los Fundamentos del Anteproyecto no se hizo referencia en especial a este tema. En el Proyecto de Unificación del 1998, la Comisión Redactora aludió, a la modalidad contemporánea que estaba haciendo su ingreso en el país a través de las cajas de valores y el “truncamiento” de los cheques. En ese Proyecto se admite *que un título creado como cartular, se incorpore a un sistema de cajas de valores o de compensación e intercambio electrónico de valores, y a partir de su ingreso se opere con anotaciones en cuenta*. Se preveía también que los títulos tipificados por la ley como cartulares, *podían emitirse directamente como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores u otros sistemas de compensación*.

Hemos tenido oportunidad de referirnos al truncamiento de los títulos valores cartulares y más específicamente al cheque. (8)

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 66 inc. 6º de la 24.452, reformada por la 24.760, se previó en el país —noviembre de 1997— el funcionamiento de cámaras compensadoras electrónicas de medios de pagos, entre los cuales se compensarán cheques por ese medio “utilizando sistemas de reproducción o sustitutos “como es el de “truncamiento” (y hoy el transporte por imágenes) sin intercambio efectivo de los documentos materialmente.

Los valores o medios de pago compensables serán los títulos valores con soporte papel, en formularios y modelos autorizados o normalizados, suministrados por los bancos —por ende, cartulares— firmados en forma ológrafa por sus libradores y en su caso endosantes, conforme a las normas que rigen su creación y circulación.

Pero esas Cámaras de Compensación Electrónicas (en su momento ACH. SA. y hoy COEL. SA en nuestro país), a partir de ciertos importes que varían con el tiempo, no realizarán el traslado “físico” de los títulos como ocurría con anterioridad. Los datos del cheque, se podrán transmitir a través de archivos electrónicos, sin las firmas, inicialmente en el truncamiento y en la actualidad, se transportan electrónicamente por imágenes.

Los únicos datos que se transmitían en el truncamiento eran: número: de la entidad girada, de la sucursal girada y código postal, de la cuenta corriente bancaria, del cheque. Estos datos se incorporan tanto a nivel del cuerpo principal como de banda magnética, con el agregado de dígitos verificadores (para el detalle técnico completo me remito a mi estudio que he citado).

Estas Cámaras Electrónicas de Compensación de medios de pago, funcionan en Italia, Holanda y otros países europeos entre ellos España, de la cual se tomó el modelo para la Argentina.

Volviendo al Anteproyecto del 98, en su artículo 1768, proponía el tema así:

“Desmaterialización e ingreso en sistemas de anotaciones en cuenta. Los títulos tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta. Los títulos emitidos efectivamente como cartulares, pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes”.

Como podrá apreciarse, el artículo 1836 del Código próximamente en vigencia, reproduce íntegramente ese texto, referido **a la prescindencia del soporte papel**, para su ingreso y circulación en una caja de valores o a un sistema autorizado compensación bancaria o de anotaciones en cuenta.

(8) Ver *Revista Colegio de Abogados de La Plata* “Edición Especial 75 Aniversario”, agosto de 1999, p. 153, y *Secundum Legem (CEDLP)*, año 3, nro. 13, julio de 1999, ps. 38 y ss. -Anexo I: Final de notas (5)-.

De aprobarse, estas normas, las profusas, variadas e intrincadas normas reglamentarias que dicta permanentemente al respecto el Banco Central sobre truncamiento, traslado por imágenes, ingresos en cuenta etc., adquirirán una legalidad constitucional que en algunos aspectos actualmente es incierta.

VII.13. Parágrafo 2º: Títulos Valores a la Orden

1. No he encontrado observación a lo normado en el artículo 1837, con relación a los títulos valores al portador. Por otra parte se ajusta a la doctrina imperante al respecto y a las leyes especiales que legislan sobre títulos que pueden ser creados al portador, según las mismas (Vgr. Cheques).

2. En principio lo mismo acontece con lo atinente a los “títulos valores a la orden” (“el título valor a la orden se transfiere por endoso” artículo 1838). Como adelantaran los Fundamento del Anteproyecto, ahora convertido en ley, “en general estas normas no ofrecen mayores discusiones y han sido actualizadas conforme a la normativa de los entes reguladores y los usos y prácticas”.

Coincido con lo expuesto, por cuanto lo legislado sobre tipificación del título a la orden (artículo 1829) Endoso (artículo 1830) Condición, tiempo y forma del endoso (artículos 1839, 1840/41 y 1843) Legitimación (artículo 1842) y Limitaciones (artículos 1844/1846) se ajusta a lo expresado por la Comisión, antes transcrito.

Coinciden sustancialmente con el derecho vigente para los dos títulos valores más importantes (Letra de Cambio y Pagaré y en su caso para el Cheque cuando se libra a la orden).

Sin embargo deseo comentar que considero atinada la innovación que contienen los artículos 1844 y 1845 para los supuestos de endosos con la cláusula “en procuración” y “en garantía”.

Se establece que en ambos casos, que “el endosatario (en procuración o en garantía) puede ejercer, **incluso judicialmente**, todos los derechos inherentes al título valor, pero sólo puede endosarlo en procuración”.

Doctrinaria y jurisprudencialmente se lo había aceptado como se lo legisla ahora, por la esencia de esos tipos de restricciones a la legitimación del endosatario y por las reglas del mandato aplicables. Me remito a la bibliografía que cito, para este capítulo.

Pero legislativamente, no se había receptado aún, que el endosatario con este tipo de restricción a su legitimación, puede ejercitar los derechos inherentes al título valor, “*incluso judicialmente*”.

3. El artículo 1846 estipula en materia de “**Responsabilidad**” que “excepto cláusula expresa, el endosante responde por el cumplimiento de la obligación incorporada. En cualquier caso, el endosante puede excluir total o parcialmente su responsabilidad mediante cláusula expresa”.

Esta norma no es coincidente con la de responsabilidad en materia de título valores en general que contiene artículo 1826, que por razones didácticas reitero en texto: “Responsabilidad. Excepto disposición legal o *cláusula expresa* en el título valor o en uno de sus actos de transmisión o garantía, están solidariamente obligados al pago los creadores del título valor, *pero no los demás intervinientes*”.

En lo que concierne entonces a los “Títulos valores a la orden” se recepta el mismo principio vigente en la actualidad para los mismos en el sentido que “los firmantes del título quedan obligados solidariamente frente al portador legítimo, salvo clausula expresa en contrario”. Se trata de una solidaridad legal. Por lo dispuesto en el artículo 1848, son aplicables a los títulos nominativos endosables las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden.

Cuando se menciona en el último párrafo del artículo 1846 “que el endosante puede excluir total o **parcialmente** su responsabilidad mediante cláusula expresa”, innova al otorgarle validez, a la limitación por el **monto** que responde el endosante, con relación a las normas sobre papeles de comercio (artículos 16 y 103, Letra y Pagaré; 16, 58 y 65 Cheque Común y Cheque de Pago Diferido).

Es un aspecto distinto al “endoso parcial” o al “endoso condicionado” que en la legislación vigente y en la reforma, “cualquier condición puesta al endoso se tiene por no escrita. Es nulo el endoso parcial” (artículo 1840).

VII.14. Párr. 3º Títulos Valores Nominativos Endosables y Párr. 4º No Endosables. Reglas aplicables

En el ámbito a que se refieren los párrafos mencionados en el título también se advierte que el mismo es producto de adecuación a las normas, usos y costumbres que rigen en la actualidad a este tipo de papeles en particular, generalizando sus disposiciones.

Así en lo referido a los Títulos valores nominativos endosables (artículo 1847) se dispone que “es el emitido en favor de una persona determinada y transmisible por endoso y que su transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros al inscribirse en el respectivo registro del creador emitente”. La inscripción puede ser requerida, por el endosatario que justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos (es el Legitimado, ver artículo 216 Ley de Sociedades vigente).

Ante la negativa a inscribir la transmisión, el endosatario puede reclamar una orden judicial.

Dispone también que —como debimos adelantar— se le aplican a estos títulos las disposiciones compatibles de los títulos valores a la orden (artículo 1847/48).

Las normas de remisiones actuales remiten, además de las del propio Código, a las de la Ley de Letra de Cambio y Pagaré.

En cuanto a los Títulos valores nominativos no endosables, se lo tipifica como en la actualidad (ver el tema Acciones en la Ley de Sociedades vigente) en que “es el emitido a favor de una persona determinada, y cuya transmisión produce efectos respecto al emisor y a terceros *al inscribirse en el respectivo registro*”.

VIII. No se dictan normas para los títulos valores causales ni para los abstractos. No se derogan las leyes especiales sobre Títulos Valores

En esta última parte de los diversos Títulos Valores tratados, el Proyecto dedica su artículo 1850 al denominado **Régimen de los Títulos Valores no cartulares**.

De allí se colige que la Reforma no legislar sobre los títulos causales y abstractos. Deja a esos Títulos sujetos a las leyes especiales que regulan a cada uno de ellos, que como manifestara y fundara en el acápite *I. 2.*, seguirán vigentes pese a la derogación de los Códigos Civil y Comercial.

1. Para los títulos valores causales seguirán rigiendo, las normas sobre acciones de sociedad de ley 19.550 (y sus modificaciones) para los Bonos por la 19.060 (y sus modificaciones) los Debentures, por la Ley de Sociedades (Sección VIII ver artículos 335 y concordantes que abrogó a la ley 8875), los Warrants y certificados de depósito por la ley 9643, y el denominado “Certificado de depósito a plazo fijo nominativo transferible” por ley 20.663 (y sus modificatorias).

2. Para los títulos valores abstractos, como lo vimos a otros efectos, también seguirán vigentes las leyes especiales para los papeles de comercio, que tienen como uno de sus caracteres esenciales el de *Abstracción* o desvinculación de la relación base o subyacente (*Letra de Cambio, Pagaré, y Cheque*, dec.-ley 5965/1963 y ley 24.452 respectivamente) porque fijan normas particulares sobre los mismos que como vemos por el artículo 1820, no se modifican, y las leyes complementarias tampoco las derogan.

En efecto el artículo citado en su última parte dispone: “Sólo pueden emitirse títulos valores abstractos *no regulados por la ley* cuando se destinan a ofertas públicas, con el cumplimiento de los recaudos de la legislación específica; y también cuando los emisores son entidades financieras, de seguros o fiduciarios financieros registrados ante el organismo de contralor de los mercados de valores”.

Por otra parte y como lo expusimos previamente, las normas sobre títulos cartulares se aplican en forma subsidiaria a la ley especial.

El artículo 1834 dispone: **Aplicación subsidiaria.** *Las normas de esta Sección (a saber Sección 2ª Títulos valores cartulares): a) se aplican en subsidio de las especiales que rigen para títulos valores determinados; b) no se aplican cuando leyes especiales así lo disponen, incluso en cuanto ellas se refieren a la obligatoriedad de alguna forma de creación o circulación de los títulos valores o de clases de ellos.*

La negociación moderna en ámbitos comerciales, financieros, bursátiles, bancario y en general en diversas transacciones virtuales, han ido llevado paulatinamente a superar el soporte papel, tradicional en los títulos de crédito (ahora títulos valores).

Las Cámaras Compensadoras Bancarias y Financieras y las Bolsas de Comercio por ejemplo, debían intercambiar valores cartulares (*clearing*), por cifras que aumentaban en forma exponencial, y que resultaban finalmente imposible de transportar esos “papeles” físicamente en tiempo y forma.

De allí surgió la necesidad de realizar intercambios electrónicos con datos truncados de esos documentos, por imágenes o realizarse por anotaciones en cuenta (contables o en registros contables), a las que cité con anterioridad.

La anotación en cuenta permite la creación de un sistema que operando técnicas informáticas, elimina la utilización de un muy importante número de documentos con soporte papel. Implican formas de establecer posiciones jurídicas distintas a las de los tradicionales títulos valores o de crédito cartulares, subsistiendo el carácter autónomo del derecho.

Para ello ha menester que sea la ley la que autorice este tipo de creación y circulación o que en el instrumento originario —aún sin soporte papel— se inserte una declaración con idénticos caracteres esenciales a las que se les asigna a los Títulos Valores en general, que ya hemos analizado y que se establecen en los artículos 1815, 1816. Pero ello siempre y cuando no ocasione confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente.

Cualquier afectación de los derechos conferidos por el título valor deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que deben llevar el emisor o entidad autorizada.

Por este motivo se legisla acertadamente en la Sección 3ª sobre *Títulos valores no cartulares*, que:

“Cuando por disposición legal o cuando en el instrumento de creación se inserta una declaración expresa de voluntad de obligarse de manera incondicional e irrevocable, *aunque la prestación no se incorpore a un documento*, puede establecerse la circulación autónoma del derecho, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1820. La transmisión o constitución de *derechos reales sobre el título valor, los gravámenes, secuestros, medidas* precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor *deben efectuarse mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada* o un escribano de registro, momento a partir del cual la afectación produce efectos frente a terceros. A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del título valor así creado debe estarse al instrumento de creación, que debe tener fecha cierta. Si el título valor es admitido a la oferta pública es suficiente su inscripción ante la autoridad de contralor y en las bolsas o mercados autorregulados en los que se negocia. Se aplica respecto del tercero que adquiera el título valor lo dispuesto por los artículos 1816 y 1819” (artículo 1850).

En lo concerniente a la registración de la circulación, gravámenes y demás derechos y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el título valor, tengo una observación que si bien no es de fondo, entiendo que es relevante (ver 1850 y 1822 inc. c).

Cuando la norma se refiere que deben llevarse a cabo “*mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, una caja de valores, una entidad financiera autorizada*” hasta allí no merece reparo.

Nos estamos refiriendo a quienes llevan Registros contables adecuados, o se tratan de Sociedades, Caja de valores o una Entidad que actúa conforme a las reglas de las Entidades Financieras y tienen procedimientos especiales.

Pero cuando se refiere a un *Escribano*, que como lo he mencionado en otra parte, se limita a llevar un *Registro como fedatario* y a los fines de los actos escriturarios que pasan por ante el mismo, no puedo avenirme con la nueva norma que incorpora la Reforma.

Así como los notarios que tiene a su cargo un Registro Automotor, deben cumplir una serie de requisitos y se han creados registros al efecto, de la misma manera deberá procederse, si es intención de legislar y crear Registros a cargo de Notarios, relativos a este tipo de título valores no cartulares.

Lo contrario aparece como improvisado y sin recaudo alguno.

Soy de opinión que o se suprime esa parte del articulado o se agrega **“o un escribano de registro de acuerdo a la reglamentación que se dicte al respecto”**.

IX. Sobre la cuenta corriente bancaria

IX.1. Concepto y caracteres según el nuevo Código. Crítica

En los Fundamentos los Redactores del Anteproyecto, manifestaron que:

“se define la cuenta corriente bancaria como el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja. Se contemplan soluciones para los otros servicios, créditos y débitos, instrumentación, servicio de cheques, intereses, solidaridad, propiedad de los fondos, reglas subsidiarias, créditos o valores contra terceros. Se proponen textos especiales para el envío de resúmenes y cierre de cuentas, ya que son temas que causan conflictos en la práctica diaria”.

En realidad con relación a los caracteres esenciales del contrato de cuenta corriente bancaria, los Fundamentos aludidos, solo se refieren a la norma proyectada en el artículo **1393** el cual por otra parte, no ha recogido expresamente ninguno *de los caracteres esenciales* que la doctrina y jurisprudencia ha elaborado al respecto. El mismo dispone (Parágrafo 2º Cuenta corriente bancaria) *“Definición. La cuenta corriente bancaria es el contrato por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista y, en su caso, a prestar un servicio de caja”*.

De esta manera queda todavía para el debate, si el perfeccionamiento del contrato se opera en forma consensual a partir que el Banco abre la cuenta (doctrina mayoritaria) o ello ocurre con el primer depósito en dinero que se opera en la misma (en tal caso sería un contrato real).

En tal sentido conforme lo expongo, al primer depósito se la ha otorgado la virtualidad de *habilitar la cuenta y no de perfeccionar el contrato*.

El depósito *es cumplimiento del contrato* (sino el Banco no lo aceptaría) y el mismo constituye la habilitación del servicio de caja; especialmente si en el contrato se ha convenido que la cuenta se operará con cheques.

No ha sido clara la redacción al referirse a que “el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y *en disponibilidad del cuentacorrentista*”.

El concepto de disponibilidad (empleo de fondos propios en poder de un tercero), a través de cualquier medio de disposición o extracción en la cuenta corriente, se encuentra siempre referido a *“la existencia de fondos suficientes disponibles acreditados en cuenta o autorización a girar en descubierto”*.

Lo anterior lo expongo a fin de aclarar que si el “*saldo actualizado*” es deudor (o negativo), no hay disponibilidad alguna para el cliente del Banco.

Por lo observado precedentemente, la redacción ajustada al funcionamiento operativo de la cuenta corriente bancaria debe ser: Artículo 1393: **Definición.** *La cuenta corriente bancaria es el contrato consensual y normativo, por el cual el banco se compromete a inscribir diariamente, y por su orden, los créditos y débitos, de modo de mantener un saldo actualizado y en disponibilidad del cuentacorrentista, si tiene fondos, y, en su caso, a prestar un servicio de caja.*

IX.2. Servicio de cheques optativo

Como surge de la última parte del artículo 1393, el servicio de caja ha pasado a ser optativo, como queda ratificado también en el artículo 1397: al exponer que “Si el contrato incluye el servicio de cheques, el banco debe entregar al cuentacorrentista, a su solicitud, los formularios correspondientes”. La reforma se aparta así del Código de Comercio vigente, que instaura: “Se debitarán en cuenta corriente bancaria los rubros que correspondan a movimientos generados *directa o indirectamente* por el libramiento de cheques” (artículos 783/94).

Para el mismo el servicio de caja a través de cheques, **es esencial** (ver Reglamentación dictada por el BCRA, t. o. 2011, regla 1. 2.).

El artículo 1397, es claro: el servicio de cheques es optativo.

Los artículos 1395 y 1396, hacen referencias explícita a otros servicios de caja (débitos y créditos) por otras vías, como pueden ser meras registraciones o asientos bancarias, mecanismos electrónicos (“home banking”), de computación, extracciones por tarjetas de débito, de crédito, débitos y créditos por compraventa de títulos, o bonos, débitos de comisiones por cajas de seguridad, o por custodia de títulos valores, etc.

Se ha dado legalidad en el nuevo Código, a la hasta hoy no permitida, cuenta corriente bancaria denominada en la práctica (sin mucho acierto) “no operativa” (por referirse a que es “sin uso de cheques”).

La cuenta corriente bancaria pasa a ser el registro contable de todas las operaciones del cliente con el Banco aún sin cheques (en el Derecho Italiano, se la denomina cuenta corriente de correspondencia: todas las operaciones del cliente pasan por la cuenta).

Es decir que se acreditan todas los movimientos que originen dinero a pagar al Cliente cuentacorrentista y se debitan todas las operaciones pactadas con el Banco y los costos de las mismas que deba abonar el cuentacorrentista, como cliente de otros servicios prestados por el Banco.

Sólo se diferencia con el sistema actual, que puede no tener chequera el cliente.

En este aspecto la innovación me merece crítica.

Los bancos en la actualidad pueden munirse de un título ejecutivo *de excepción* (con el privilegio que ello implica, porque es creado por ellos mismos en forma unilateral). El mismo les fue otorgado en su origen, *para la cuenta corriente bancaria con servicio de caja para el pago de cheques. Elemento esencial que queda ahora derogado.*

Como los cheques abonados por el Banco le otorgaban título ejecutivo individual para el cobro de cada uno de ellos, el legislador con sentido común y práctico, le permitió a los bancos emitir *un solo título ejecutivo* por el total de sus pagos y por ende también por sus accesorios (a *movimientos generados* directa o indirectamente *por el libramiento de cheques*).

Hasta ahora el Código, el BCRA, la doctrina y jurisprudencia le niegan validez a esos efectos ejecutivos, a la cuenta corriente bancaria llamada no operativa.

Entendiendo por tal a la que, no teniendo el uso de cheques, se utiliza para debitar todo tipo de operaciones con el Banco, **que su impago no habilitaría un título ejecutivo.**

Es el caso de todo lo que implica el cobro de comisiones, canon servicios de cajas de seguridad, custodia de títulos, compra de valores, de moneda extranjera, entre otros bancarios.

Con la nueva ley, estas cuentas y ese procedimiento será válido y el saldo impagos de esos débitos, se ejecutarán por vía ejecutiva, con sólo emitir el certificado del saldo deudor total.

Y ello sin tener que probar los servicios prestados, los contratos que originaron cada una de esas operaciones, la legitimidad de los cupones en que se funda el gasto en su caso, en fin, la documentación respaldatoria, ni la intimación previa al pago etc. (ver artículo 1406 que trata sobre la “Ejecución de saldo deudor”).

Recuerdo y observo en este aspecto a las nuevas disposiciones, que debieron por lo menos dejar a salvo las leyes especiales, como por ejemplo, la de Tarjetas de Crédito 25.065. La misma *para terminar con los abusos*, a que hice mención en mi crítica, dispone en su artículo 42º, que “los saldos de Tarjetas de Créditos existentes en cuentas corrientes *abiertas a ese fin exclusivo*, no serán susceptibles de cobro ejecutivo directo. Regirá para su cobro la preparación de la vía ejecutiva prescrita en los artículos 38 y 39 de la presente ley”. (El emisor podrá preparar la vía ejecutiva contra el titular, de conformidad con lo prescripto por las leyes procesales vigentes en el lugar en que se acciona, pidiendo el reconocimiento judicial de: a) El contrato de emisión de Tarjeta de Crédito instrumentado en legal forma. b) *El resumen de cuenta que reúna la totalidad de los requisitos legales*. Por su parte el emisor deberá acompañar: a) Declaración jurada sobre la inexistencia de denuncia fundada y válida, previa a la mora, por parte del titular o del adicional por extravío o sustracción de la respectiva Tarjeta de Crédito. b) Declaración jurada sobre la inexistencia de cuestionamiento fundado y válido, previo a la mora, por parte del titular, de conformidad con lo prescripto por los artículos 27 y 28 de esta ley.

Ahora la Reforma permitirá excesos de otro tipo con rubros o conceptos, *que por sí solos no traerían apareada ejecución*, pero que se cobrarán, como “saldo deudor de la cuenta”, por vía ejecutiva (artículo 1406 citado).

Se han querido paliar los efectos de la reforma, con el superfluo agregado que “*el banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título.*” Chocolate por la noticia si se me permite el chascarrillo. Todos respondemos por los perjuicios que causemos contractual o extracontractualmente y así se ha ratificado en el nuevo ordenamiento (ver artículos 777, 781, 838, 1709/11, 1716/17 y concordantes, 1737 y siguientes, entre otros).

El daño causado por el Banco, eventualmente puede enviar a la quiebra al cliente y el juicio por indemnización, llegará tarde y no siempre será justo y retributivo integralmente.

Estas son las objeciones de minuciosidad y acierto, que diferencian en forma abismal a este Código con el de Vélez.

IX.3. Capitalización mensual de los Intereses de saldo deudores

Más criticable aún es que el proyecto también modifica al artículo 795 del Código de Comercio, permitiendo la capitalización *mensual* de los intereses, sobre saldos deudores de la cuenta.

En su artículo 1398 establece: “El saldo deudor de la cuenta corriente genera intereses, *que se capitalizan mensualmente*, excepto que lo contrario resulte de la reglamentación, de la convención o de los usos. Las partes pueden convenir que **ese** saldo acreedor de la cuenta corriente genere intereses capitalizables en los períodos y a la tasa que libremente pacten”.

Si en la actualidad, con la *capitalización trimestral* a las más altas tasas que se aplican por los Banco desde siempre al saldo deudor en cuenta corriente bancaria, se concluyen en cifras adeudadas de progresión geométrica, *ni que decir de aprobarse la capitalización mensual*.

No se logra entender el sentido de la reforma, porque la capitalización trimestral permitida en la actualidad (artículo 795 del Cód. Com.), era susceptible de críticas muy severas, que han ido en aumento en la misma proporción en que suben las tasas para estos saldos deudores y la reforma agrava esa situación sin fundamento alguno.

Y lo peor es que no ha tenido las numerosas ponencias que impugnaban esa modificación.

En cuanto a la frase final “*en los períodos y a la tasa que libremente pacten*” es una ironía eufemística porque todos sabemos, aún los menos avisados, que la posición de preponderancia que ejercen los Bancos se hacen valer enérgicamente en este tipo de transacción bancaria (apertura de crédito en CCB y en la más usual “autorización de saldos deudores transitorios”) y los intereses siempre son los más altos que cobra el banco entre todas sus operaciones activas.

Puede ser que en operaciones pasivas (en las que el Banco recibe depósitos o fondos a plazo y paga intereses por ellos) en las de montos muy significativos (usualmente por encima de quinientos mil o un millón de pesos) el cliente logre pactar intereses más elevados a su favor con la Institución Crediticia. Pero en mi largo paso por el ámbito bancario, no he visto reducción de tasas en los descubiertos. Si me consta la frecuencia en la renegociación de plazos y formas de pagos. Pero generalmente quienes recurren a estas “salvaciones extremas” terminan mal en sus empresas o emprendimientos.

IX.4. Inexplicable omisión de legislar sobre la revisión de la cuenta

En la actualidad existe una severa divergencia jurisprudencial y doctrinaria, suscitada hace ya muchos años, respecto *al concepto, condiciones de procedibilidad, objeto y prescripción referidos a los medios de impugnación (judiciales o en sede bancaria) dirigidos a observar, impugnar, arreglar, revisar o rectificar los saldos deudores, que arroje la cuenta corriente bancaria.*

Es más, se ha incrementado en la actualidad la litigiosidad referida a éste tema.

Para tener un primer enfoque de la crítica que he formulado y reitero en este punto, sólo es necesario aludir a las discrepancias que se provocan en este tema.

Basta mencionar que para lograr mayoría de opiniones en un fallo, en **una sala** de la Cámara Comercial de la Capital federal (que citaré más adelante) debieron votar nada más ni nada menos que 7 Camaristas.

Se esperaba entonces que una reforma tan ambiciosa e innovadora en aspectos sociales muy trascendentes, como se anunciaba, no omitiera hacerse cargo de este aspecto negocial de relevancia, notable para el consumidor del servicio bancario de cuenta corriente, cuyo tratamiento nos ocupa.

La legislación de fondo que estamos examinando, debió (y debe aún) proveer las acciones en caso de contradicciones entre las partes, acordes con el derecho sustancial sobre el que legisla, sobre todo en un contrato de adhesión, con preeminencia total del banco.

Como comentamos en un acápite anterior, la Corte Suprema, reconoce en esos casos la constitucionalidad de las normas procesales que dicte el Congreso Federal, como el propio Código lo formaliza en variadas oportunidades.

Veamos cual son los fundamentos y la necesidad de prever, en esa normativa de fondo las *acciones revisorias del saldo*, más allá de la polémica jurisprudencial.

La Cuenta Corriente Bancaria es un contrato típico, por el cual el cliente usualmente persigue un servicio de caja por medio de un banco en el que, mediante depósitos o autorización a girar en descubierto, se abonan sus órdenes de pago formuladas mediante cheques o autorización de efectuar sobre la cuenta otros tipos de débitos y créditos a cuyo fin debe mediar convención expresa. El banco debe mantener un saldo actualizado diariamente y en disponibilidad del cuentacorrentista, si tiene fondos

suficientes acreditados en cuenta (Ver artículos 1393/95 antes citados, doctrina y jurisprudencia actual conteste con lo que expongo).

La voluntad constitutiva (consensual) obliga al banco a realizar en el futuro, débitos, asientos o crédito y compensarlos, lo cual se produce de pleno derecho.

Dado también al carácter normativo del contrato, el mismo le *da unidad de causa a la conexión objetiva de esas diversas prestaciones* (créditos y débitos) que se unificaran en la Cuenta Corriente diariamente (artículo 797 y 793 del Cod. Com. vigente y 1393/1395 del que nos regirá).

La obligación del banco, es preexistente a las acreditaciones o débitos que se formulan o realizan sobre la cuenta. No surge en el momento mismo de las anotaciones contables. Ha nacido con anterioridad por efecto de la voluntad consensual constitutiva de los contratantes al celebrar el contrato normativo.

En función del principio básico del derecho privado argentino, que no hay obligación válida y exigible sin causa lícita (Arg. artículo 499 del Código Civil vigente y 726 del nuevo) todo débito que el Banco realice, *obedecerá a lo pactado genéricamente con el cliente al respecto y en cada caso se deberán ostentar una causa válida y lícita, que deberá contar con el respaldo documental correspondiente.*

Es decir, que cuando el Banco emite las constancias de los movimientos de la CCB (extractos o resúmenes) cada crédito y cada débito que origina un saldo instantáneo y diario (cuadro o estado contable por el que se expresa la CCB) por imperativo legal, cada uno de esos movimientos o asientos, deben tener comprobantes que los respalden.

Todo movimiento debe obedecer a una causa, la que generará la documentación necesaria. *No hay rendición de cuentas válida, sin respaldo documental (artículo 68 Cód. Comercio vigente y artículos 858/860 de la reforma).*

Cualquier débito (o crédito) que no se respalde en un comprobante legítimo y no se ajuste a él en su causa, importe, fecha y a lo establecido por la ley, es indebido, irregular, viciado o ilícito, según el caso. Por ende, el cuenta correntista puede objetarlo, impugnarlo, observarlo y por ende pedir la rectificación de una o más partidas o la revisión total del saldo indebidamente producido o requerir —en su caso— su rectificación o revisión judicial.

Otro tema que correspondía encarar es el concerniente al plazo y a los procedimientos y/o acciones que se deben cumplimentar o en su caso instaurar el cuenta correntista, para obtener una revisión o rectificación (por ahora no hago diferencias conceptuales o terminológicas).

Parte de la doctrina y jurisprudencia que encuentro desacertada y minoritaria, entiende que si el cuenta correntista dentro del plazo legal no observa el resumen o extracto de la cuenta emitido por el Banco, *el concepto legal de “definitivo a la fecha de la cuenta” implica que no puede discutirla a posteriori.*

Adherimos sin dudas, a la posición jurisprudencial y doctrinaria, que sostiene que la definitividad a la que alude la ley, *no impide accionar judicialmente* para obtener que se invalide el débito por error de cálculo, falsedad o por existir omisiones (aquí se engloba a los créditos sin causa por ejemplo) Se incluye a las sumas que indebidamente o sin respaldo documental han sido llevados al débito o crédito o si existen duplicaciones de partidas. Lo mismo acontece en el caso de intereses abusivos o usurarios (concepto de difícil precisión interpretativa en la actualidad, en función del factor inflación y otras variantes económico-financieras).

Pero muy lamentablemente *se ha omitido legislar sobre este tema y además no se contempla ninguna norma, como el actual artículo 790 del Cód. de Comercio*, en la cual la jurisprudencia pudo fundar hasta ahora en forma mayoritaria, la instancia revisora.

Tampoco obviamente se prevé plazo de prescripción.

Ello pese a que en las “Disposiciones generales de los contratos bancarios” (parágrafo 2º) se ha precisado que “Sin perjuicio de las condiciones establecidas para los contratos bancarios en general, **ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato. En ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente**” (artículo 1388 segundo párrafo).

En los prolegómenos que llevaron a cristalizar esas pautas, debió surgir el tema que critico como omitido y motivar a los redactores a definir la acción o los procedimientos acordes a esas irregularidades.

Sobre todo por el texto derogado y no suplido vigente, del artículo 790 de Código de Comercio actual que instituye: “*La acción para solicitar el arreglo de la cuenta corriente, el pago del saldo, judicial o extrajudicialmente reconocido, o la rectificación de la cuenta por errores de cálculo, omisiones, artículos extraños o indebidamente llevados al débito o crédito, o duplicación de partidas, se prescribe por el término de 5 años. En igual término prescriben los intereses del saldo, siendo pagaderos por año o en períodos más cortos*”.

Por otra parte, el nuevo artículo 1437 relativo a la cuenta corriente común, establece solamente “**Ineficacia**. La inclusión **de un crédito** en una cuenta corriente no impide el ejercicio de las acciones o de las excepciones que tiendan a la ineficacia del acto del que deriva. Declarada la ineficacia, el crédito debe eliminarse de la cuenta”.

Como se ve la Reforma no se hace cargo de la magnitud del problema que dejamos planteado con *relación a la cuenta corriente bancaria*.

Por lo demás en ningún artículo expresa que las normas de la cuenta corriente común (hasta ahora llamada comercial) se aplican supletoriamente a la Cuenta Corriente bancaria.

Estimo que la Comisión Reformadora y los Revisores del Ejecutivo del Anteproyecto, para superar la “*vexata quaestio*” que vengo desarrollando, debió seguir los lineamientos del caso resuelto a través de una mayoría integrada por 6 jueces en la causa “*Avan S. A. c. Banco Tornquist*” (CN. Com. Sala A integrada, 17/02/2004, LL 2004-D-948).

Allí se fijó como criterio rector en esta materia, la posibilidad de revisar los saldos de las cuentas corrientes bancarias, a través de una interpretación amplia de lo dispuesto por el artículo 790 del Código de Comercio que se derogará en agosto próximo, que prevé 3 tipos de acciones:

- La de arreglo de las cuentas;
- La de pago del saldo;
- La de rectificación.

Es decir, que por interpretación y aplicación razonada y razonable de esta norma, se admitió la alternativa de cuestionar los errores de hecho, formales o los de cálculo (acción de rectificación) de la cuenta corriente bancaria conforme lo había interpretado la doctrina tradicional. También amplió su alcance a la posibilidad de llevar adelante una revisión sustancial de todos los movimientos registrados en la cuenta, dentro del plazo 5 años.

Es ésta una lamentable falencia del nuevo Código Unificador.

Agrego algo más. El artículo 1403, inc. b) dispone: “El resumen *se presume aceptado* si el cuentacorrentista no lo observa dentro de los diez [10] días de su recepción o *alega no haberlo recibido, pero deja transcurrir treinta [30] días desde el vencimiento del plazo en que el banco debe enviarlo, sin reclamarlo*”.

Casi seguramente la ausencia de acción de revisión o rectificación, ensamblada *con esta norma*, se podrá pretender utilizar “como lápida”, que impida corregir todo tipo de irregularidades que no es inusual que cometan los bancos.

Especialmente en los casos de intereses abusivos, que unidos a la capitalización mensual que ahora se autoriza, los harán más que usurarios, como he referido anteriormente.

Algo similar acontecerá con las *comisiones inventadas* (vr. gr. “análisis crediticio”) o desmedidas y otras lindezas, a la que nos tienen acostumbrados la banca argentina cada vez que los negocios les van mal.

Una de las más severas observaciones que a nuestro criterio merece la labor reformista, **es que no se conocen los motivos o razones que llevaron a suprimir artículos muy importantes del Código Civil y del Comercial, sin encontrar normas que los reemplacen, modifiquen o se den fundamentos de por qué devinieron innecesarios.**

IX.5. Requisitos criticables para el Título Ejecutivo

En el régimen de la cuenta corriente bancaria vigente desde hace largo tiempo, en el caso de falta de pago en término del saldo deudor de la misma, el Banco procede a expedir un certificado que documente o acredite el importe de ese saldo deudor. Dicho certificado es expedido con la firma conjunta de dos funcionarios de la entidad, que firman por Gerente y por Contador, respectivamente y el mismo tiene fuerza ejecutiva (artículo 793 del Código de Comercio, modificado por artículo 2º del dec.-ley 15.354/1946).

La circunstancia de que el Código de Comercio vigente, modificado por el Decreto que cité, disponga que: “Las constancias de los saldos deudores en cuenta corriente bancaria, otorgadas con las firmas conjuntas del gerente y contador del banco serán consideradas títulos que traen aparejada ejecución” tiene variados fundamentos, que han merecido una invariable ratificación en sede judicial, ante numerosas excepciones que se han opuesto en estos años en todas las jurisdicciones.

En los inicios de esa legislación trajo controversias si las firmas debían ser **del** Gerente y **del** Contador del Banco, pero finalmente ha quedado reeptado de manera uniforme por nuestra jurisprudencia, que la firma debe ser por aquellas personas, *que en el régimen interno de la Entidad Financiera*, tengan autorizadas las firmas **por** Gerente y **por** Contador.

Es decir que en la actualidad no existen controversias que den motivo de modificación o cambio, en este aspecto. La regulación vigente está consolidada y su interpretación es uniforme y armónica.

Pero hete aquí que y sin expresar razón al respecto en los Fundamentos, el artículo 1406 —al tratar la ejecución de saldo deudor— innova, así:

“Producido el cierre de una cuenta, e informado el cuentacorrentista, *si el banco está autorizado a operar en la República*, puede emitir un título con eficacia ejecutiva. El documento debe ser firmado por dos [2] personas, *apoderadas del banco mediante escritura pública*, en el que se debe indicar: a) el día de cierre de la cuenta; b) el saldo a dicha fecha; c) el medio por el que ambas circunstancias fueron comunicadas al cuentacorrentista. El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título”.

Lo que llama la atención en primer lugar es el requisito de validez del certificado que consiste en que solo se lo puede emitir “*si el banco está autorizado a operar en la República*”.

La cuenta corriente bancaria en el país, únicamente puede ser abierta en un Banco Comercial (artículo 20/21 Ley de Entidades Financieras y BCRA comunicación A 2329). El mismo debe funcionar acuerdo a las leyes vigentes y el encargado del control de que no operen en plaza Bancos no autorizados, es el Banco Central de la Republica Argentina.

No se entiende porque innecesariamente se “abre la puerta” a una excepción dilatoria o se le pasa el control del BCRA a los jueces.

Tampoco es aceptable, que se imponga un nuevo y superfluo requisito burocrático: que cada banco deje constancia en el título ejecutivo, de las constancias referidas a su autorización para funcionar. En atajos para demorar el juicio, también podrá ser objeto de impugnación por su falta, insuficiencia etc.

No puedo representarme que —v. gr.— que el Banco Nación o el Banco de la Provincia de Buenos Aires, con más de un siglo de actividad, entre otros, deban justificar esa requisito que es público y notorio, o que en el caso de otras Instituciones se llegue a librar un oficio al respecto (j).

Soy de opinión que se debe eliminar la nueva exigencia. Inmediatamente el artículo exige que: “*El documento debe ser firmado por dos [2] personas, apoderadas del banco mediante escritura pública*”

La exigencia de la escritura pública es a todas luces innecesaria, por cuanto hace al Régimen interno del Banco autorizar esas firmas.

En el caso de los Bancos Estatales del País, que son Entes Autárquicos, los que expiden esos certificados *son funcionarios públicos* y por ello la escritura es superflua, dado que por las leyes vigentes que ratifica el nuevo Código (artículo 284 inc. b) “*los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes*” **son instrumentos públicos.**

Hago notar que la obligación de extender actos, contratos o actuaciones por escritura pública, **es más numerosa que en la legislación vigente**, y en muchos casos debió quedar abierta la posibilidad que se extendiere indistintamente por documento privado válido. También pudo ser la alternativa el documento privado con la certificación de firmas, como lo permite, por ejemplo el artículo 1855.

Pueden verse entre otros los requerimientos de escritura pública en los artículos 169, 448/449, 1017, 1618, 2038, 2044, 2089, 2137, 2299 y 2302 inc. b). Y conste que he omitido todos aquellos supuestos, en los que la exigencia coincide con el derecho vigente, por ejemplo artículos 106, 448/49, 1611, 1017 (cinco casos) 1234, 1552, 1601, 1618, etc.

En cuanto a los requisitos que se imponen en los ítems *a), b) y c)* del artículo 1406 en análisis, son pocos, pero en todo caso, *son propios de la incumbencia de las reglamentaciones que dicte el Banco Central respecto al funcionamiento de la Cuenta Corriente Bancaria* (artículo 66 Ley de Cheques vigente y no derogado).

En última “ratio” el artículo citado, debió establecer, que en el certificado “*como mínimo se debe indicar (...)*”

No es inusual que una persona o empresa tenga más de una cuenta, en casos plurales o personales, colectivas o indistintas, por lo que normalmente se los identifica, con nombre y apellido completo de los titulares de la cuenta y de los ordenatarios, domicilios de cada uno registrado en el Banco, número de la cuenta corriente bancaria y su CBU, y todos los datos identificatorios de la Casa o Sucursal en la que operaba dicha cuenta.

Tanto por las normas vigentes, como por las que se establecen en el en el nuevo Código en materia de responsabilidad (que he citado anteriormente), resulta innecesario el último párrafo que instituye: “*El banco es responsable por el perjuicio causado por la emisión o utilización indebida de dicho título,*” por cuantos son los principios básicos de la responsabilidad civil consagrada.

Debe ser suprimido.

X. Sobre el artículo 2º. Crítica *iusfilosófica*

He dejado para el final una crítica que no se encuentra dentro del contexto de las que he vertido en su caso en los capítulos anteriores y que excede el ámbito en que se enmarca —en principio— el análisis exclusivamente normativo del nuevo Código Unificador.

Realizaré una observación y crítica al artículo 2º —desde otra visión jurídica— en cuando intenta imponer un método o métodos de interpretación, pretendiendo establecer un marco estrecho y rígido al denominado arbitrio judicial (o cercenarlo), en la aplicación de las nuevas normas civiles y comerciales implantadas.

La cuestión es muy importante por cierto, porque se advierte la aspiración de instituirlo en norma interpretativa del Derecho Privado en general.

Establece, el artículo 2º: **Interpretación.** “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones *que surgen de los tratados sobre derechos humanos*, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

En los fundamentos del Anteproyecto (4. 2. Reglas de interpretación) se expresa al respecto que “se propone incorporar un artículo relacionado con reglas de interpretación, a fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes. De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También, incluimos sus finalidades, *con lo cual dejamos de lado la referencia a la intención del legislador*. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite *una consideración* de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación.” Más adelante agregan que “se hace una referencia al ordenamiento jurídico, lo que permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y **dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema**”.

Previamente (en el punto 4. 1 Las fuentes) la Comisión fundamenta que: “La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, *es decir una deducción*” (*sic*).

X.1. Lo que enuncia el artículo (y los fundamentos en este caso) *excede en mucho el contenido de una norma del derecho común*, aún en un Código de fondo.

Ello es así, pese a que interpretar y aplicar la ley, es parte del quehacer cotidiano de los Jueces, desde la vigencia del Estado de Derecho en la Argentina.

Se incurre además dentro de su propia lógica, en idéntico error (en esto es repetitiva) del antes criticado artículo 1º, que dejó dispuesto que “La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y *los tratados en los que la República Argentina sea parte (...)*”;

La referencia a “*las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos*” está expresamente incluida en la norma del artículo 1º citado, cuando alude “*(...) a los tratados en los que la República Argentina sea parte (...)*”.

Por ello —aunque no prosperara nuestra crítica al artículo 2º en su aspecto integral— *se debe eliminar la referencia repetitiva impugnada y que dejo señalada*.

X.2. Formularé en lo que sigue, una crítica de fondo y detallada, desde el punto de vista ius filológico, que por su carácter y en función de los fundamentos, se torna a mi criterio imprescindible.

Sostener —como se hace en los Fundamentos que he transcrito— que la labor judicial *es meramente deductiva* (subsumir los hechos en la norma, “*es decir una deducción*” *sic*) nos retrotrae en materia ontológica y de hermenéutica jurídica, a etapas muy antiguas y superadas de la Filosofía y de la Teoría General del Derecho.

Lo mismo ocurre en tanto se desea imponerle al juez un cierto “corsé” interpretativo (los cepos están de moda en los tiempos que corren).

Se pretende fijarle determinados métodos con exclusividad.

Como el gramatical y el dogmático (por el dogma de la “ratio legis” o de la función finalista de la ley) excluyendo otros, según se dice, como el de la intención del legislador (“voluntas legislatoris” o método exegético). Y obviamente si el codificador reformista entiende que los que omite y por ello no lo puede utilizar el juez, consagra un absurdo.

En las discusiones entre lo más prestigiosos Catedráticos de las disciplinas iusfilosóficas, nacionales y extranjeros, referidas a método interpretativos y a ontología jurídica, se pretendió imponer hace ya mucho tiempo, que al actuarse una norma, en su concretización a un caso particular, *el juez efectuaba*

solo una labor de lógica deductiva (como recuerdo dicen los Fundamentos “subsumirlo en la norma, es decir una deducción”).

En esas épocas pasadas esas corrientes hoy superadas, *afirmaban que el juez en su actuación, recurría a un mero proceso lógico de subsunción.*

Esta postura tenía una base metodológica y ontológica previa, que ha quedado totalmente obsoleta.

Se estimaba por aquellos tiempos que, tratada la ley (o la norma) convenientemente, *ella quedaría en condiciones de ser aplicada en forma unívoca a todos los casos comprendidos en ella* (se le dio en llamar realismo ingenuo o método gramatical).

La corriente normativista, desde distintas postulaciones ontológicas, en algunos casos contemporáneas, con aportes de la axiología, *ha demostrado la imposibilidad de querer transformar una norma, por vía de la interpretación lógica y gramatical y sólo con ello, en un rotulo listo para ser aplicado al frasco del caso concreto* (9).

Métodos como el gramatical (aplicar las palabras de la ley porque es imposible no partir de ellas), el exegético y el dogmático, partían y parten, no solo de una exclusivista base filosófica *intelectual* que los invalida, *sino que dan categoría de objeto del derecho, exclusivamente a ley o norma, terminando por identificarla con el derecho.*

En la evolución del estudio de esta temática, a esta posición se dio en llamarla “El absolutismo de la ley”.

Sometía e imposibilitaba un **estructurado** arbitrio judicial al dictar sus resoluciones. Porque se sostenía que el juez, *por la aplicación de un método interpretativo a la ley, llegaba a una única y justa interpretación y con ello a una precisa solución.*

No es necesario advertir que **siglos de fallos encontrados o disímiles, aplicando las mismas normas** —y en casos el mismo artículo de la ley— dieron cuenta que esa posición era y es, quimérica desde el punto de vista de la praxis, desde una visión filosófica y ontológicamente, incorrecta.

Vemos, entonces, que con la primacía de las palabras o de la letra (realismo ingenuo *gramatical*) o de la intención del legislador (subjektivismo *exegético*) o por el dogma de la “*ratio legis*” o de la función finalista de la ley (método *dogmático*), se pretendía encontrar en la norma una *única significación*, que la dejara pronta a resolver el caso particular sometido al juzgador.

El juez de este modo era ajeno a la creación del derecho.

Sólo realizaba una labor de lógica formal (como se pretende en los Fundamentos del Anteproyecto transcripto y en la norma que criticamos).

Se sostenía que como la ley preveía todo —y si no lo hacía se encontraba algún aforismo generalmente en latín que la ayudara— una vez “interpretada” por uno de los métodos tradicionales, era cuestión de realizar operaciones lógicas para aplicarlas a los hechos.

(9) Respecto de todo lo tratado en este acápite puede verse: KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, ps. 147/178; id., *La idea del Derecho Natural*, y otros ensayos, Losada, Buenos Aires, ps. 238/265; id., *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, ps. 150/168 y 370/387. COSSIO, Carlos, *El Derecho en el Derecho Judicial*, Abeledo, ps. 113/185 y 207; id., *Impugnación egológica de la Escuela del Derecho Libre*, LL 115-888; id., *La plenitud del orden jurídico*, Losada, Buenos Aires, ps. 139/262; id., *Teoría de la verdad jurídica*, Losada, Buenos Aires, ps. 245 y ss. HECK, Philipp, *El problema de la creación del Derecho*, Ariel, Barcelona, ps. 31 y ss. SCHAFFER, Víctor M., *El jurista ante la ley injusta*, México, ps. 35/83. RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, CEF. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, ps. 105/150. BORGIA, Ernesto, voz: “Arbitrio judicial”, en Diccionario Jurídico Omeba. CASTAN TOBEÑAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria*, Reus, Madrid, ps. 58 y ss. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, ps. 384 y ss. REICHEL Hans, *La ley y la sentencia*, Reus Madrid. LAVIGNE, Roberto Horacio, “Ámbito jurisdiccional e interpretación de la ley”, LL 122-1104.

El silogismo es la figura que mejor define esa supuesta actividad jurisdiccional y *es lo que sostiene —en esencia— la Comisión Redactora que he citado* (10).

Es dable recordar que en la subsunción silogística, la conclusión a la que se arriba, está contenida en la premisa mayor del silogismo.

¡Qué poca valoración —o qué corsé— para la actividad de los jueces!

Fenomenológicamente el Derecho en el ámbito judicial, demuestra lo contrario.

Por tal razón —mucho antes de ahora— no escapó a la consideración de los ius filósofos modernos que la vida y los conflictos que en ella se producen, *no admiten una previsibilidad absoluta* por el plexo normativo (sistema de normas de un orden jurídico determinado).

He entendido por tal motivo a la ciencia jurídica, como la ciencia del matiz, *de las circunstancias del caso* (por la gradación, por la variable escala, a veces sutil).

Ante la regla básica de derecho de que el juez debe fallar en todos los casos que se le somete, se recurrió la creación doctrinaria de las “Lagunas de la ley”. Como bien se ha sostenido, se puso así en crisis a todas las postulaciones metodológicas que sostenían que interpretada la ley esta quedaba lista para aplicarla al caso concreto por *subsunción*, que es lo que venimos objetando.

El problema de las “lagunas” o de la ausencia normativa para el caso particular, trató de ser solucionado con la operación lógica de la analogía.

Ésta se encuentra muy cerca de los modos de creación del derecho por parte del Juzgador.

Vélez con su genio progresista se adelantó a su tiempo y en el artículo 16 estableció: “Si una cuestión civil no puede resolverse, *ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley*, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, *se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”.

Era un eximio especialista en derecho civil y comercial, pero en el fondo, era un jurista con una concepción ius filosóficas de avanzada en el Siglo XIX.

Si la Reforma pretendió superar esta norma del Código Vigente, con el artículo 2º, su pretensión era irrealizable y ha incurrido en un grueso error.

Hace casi 150 años, lo normado en el artículo 16 por Vélez, estaba más allá “de la altura de sus tiempos” y de ninguna forma establecía una encerrona metódica, sino que pretendió superar lo relativo a “las lagunas del Derecho” mentadas en esa época, *reconociendo la labor creadora de los jueces*.

Hoy está consolidado el principio fundamental de que el orden jurídico carece de lagunas. Por esa razón, se ha acuñado la norma constitucional (principio de libertad artículo 19) “que todo lo que no está prohibido está permitido” o en términos precisos “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

La analogía, en esencia —como es sabido— consiste en aplicar una norma *a un caso no previsto en ella*, por una relación de “semejanza o identidad de de razón”. Es natural que previamente se le aplicaba a la ley uno de los métodos interpretativos tradicionales.

De todo lo expuesto, las actitudes metódico-interpretativas, como la que pretende instalar la reforma, en el artículo que criticamos, coincidían con ciertas premisas de fondo que podríamos resumir así:

a) La inteligencia era el único factor utilizable en el ámbito de la interpretación judicial.

(10) Ver BELLUSCIO Augusto C. y ZANNONI, Eduardo A., Código Civil, t. 5, Astrea, Buenos Aires, p. 904 -Anexo I: Final de notas (7)-.

b) Se afirmaba así, que la función del juez *era meramente gnoseológica*, es decir, constituida solo por actos de conocimiento (Hessen, J., “Teoría del conocimiento”).

El objeto del derecho era un objeto ideal: la norma (no un objeto cultural como veremos).

c) Al identificar ley y derecho, finalizaban excluyendo al juez del campo jurídico de la creación.

d) Como consecuencia de todo lo anterior se negaba el arbitrio del juez vertebrado en el marco de la norma, *como acto propio de la función del juzgador*.

Dejaré de lado la tesis de la Escuela de derecho libre, porque es inaplicable en nuestro derecho.

Pero es del caso dejar *fundado que la función del juez no es meramente gnoseología como pretende la norma del artículo 2º que cuestionamos, y los fundamentos del Anteproyecto. Y que por ello constituyen un retroceso en la ciencia jurídica*.

En lo concerniente al arbitrio judicial y a la elección de un método de interpretación, cuando *se niega el acto de voluntad del juez como concerniente o inherente a su función, se pretende imponerle uno o varios métodos*.

En la posición de los reformistas, se convierte al juzgador en un órgano externo al Derecho y se hace de la ley, el único objeto de su conocimiento.

Es sabido que se lo intenta vanamente.

La realidad diaria nos impone a todos lo que estamos en contacto con la labor judicial, **que en ésta hay creación de derecho y no solamente un acto de lógica pura, silogístico o meramente del intelecto**.

Las modernas corrientes de pensamiento iusfilosóficas, demuestran que el juez *también crea derecho, al dictar la norma individual para el caso individualizado (que es la sentencia)*.

Se reconoce que el objeto del derecho es un **objeto cultural**, conformado por una triada inescindible de: hechos (circunstancias del caso y pruebas), valor (significación axiológica contenida en la norma) y normas (las aplicables al caso dando su significación a la conducta normada).

En el Orden Jurídico como un todo sistemático (por armónico), cada norma no es un concepto independiente que actúa por sí sola.

Por imperio de la Norma Fundamental de cada ordenamiento, se deben respetar las jerarquías del Orden Jurídico instituido, que deviene de esa Norma Fundamental (Constitución). Y todas ellas deben acatar y actuar el plexo axiológico jurídico que de allí surge, en cuya base está el Valor Orden, como fundante y en su cúspide el Valor Justicia, como valor fundamental.

La aplicación de cada norma necesariamente está coordinada y sistematizada con el orden jurídico al que pertenece, el cual debe dar solución a todos los conflictos que se planteen.

La lógica formal tiene una función importante en la explicación de la función judicial, pero no la agota.

No cabe duda que, como han reconocido la Corte Provincial y la Nacional, la hermenéutica judicial debe partir de una interpretación gramatical, esto es, “lo primero que debe hacerse (...) es establecer el recto sentido de las palabras de la ley”.

Siempre se parte de lo que la ley “dice” y no de lo que nosotros queremos que “diga”.

Pero a partir de Del Vecchio y Kelsen y los posteriores desarrollos de las formulaciones iusfilosóficas, hasta nuestros días, *cabe afirmar que interpretar una norma es un acto que acompaña y es parte del proceso creativo de derecho que se encuentra implicado en la actividad del juez, al aplicar las leyes. Este debe crear la norma individual, para un caso individualizado y en esta tarea crea derecho*.

En este tránsito de una norma general superior a una inferior individualizada (sentencia en este caso) la actividad se encuentra regulada por la norma superior *tanto en su forma como creando un marco de posibilidades para su contenido*.

Es evidente que en éste último aspecto, ante la imposibilidad de regularse *todas las circunstancias*, debe existir en la norma, *una indeterminación más o menos amplia según los casos*.

Pero siempre es un **marco normativo** que *impide la arbitrariedad*.

Es decir, que en cuanto a su contenido la norma a aplicar aparecerá como un marco de posibilidades. La decisión del juez será conforme al marco normativo, si no excede la estructura allí prevista y dicta su sentencia (norma individualizada) de alguna de las maneras posibles.

No existe una única solución desde el punto de vista de la estructura normativa ni un solo método de interpretación (la ciencia jurídica no se imbrica en el ámbito de lo causal, del ser, sino en el ámbito del deber ser).

Es indiscutible a esta altura del desarrollo del pensamiento jurídico, que la elección del juez en su sentencia, es un “acto gnoseológico y *de voluntad*”.

Una toma de posición (acto de voluntad) ante las circunstancias del caso.

Al no existir preferibilidad de posibilidades a priori, *es imposible metodizar una única elección, en el sentido que pretendían las superadas técnicas metódico-jurídicas tradicionales (y que pretende la reforma)*.

No hay un único método que guíe el acto creador del juez. Y es imposible imponerlo normativamente. *Esto conlleva que el juez no tiene mayor seguridad de ser justo, que el legislador que actúa en el marco más amplio que le otorga la Carta Fundamental. Y al igual que el legislador, no tiene un único procedimiento de interpretación.*

El problema que preocupa aún a nuestros más altos Tribunales y juristas es, si la circunstancia de que existan en diversas jurisdicciones interpretaciones jurisprudenciales encontradas aplicando la misma norma, viola o no, el principio constitucional de igualdad.

Como vemos por lo expuesto, el conflicto no puede solucionarse por la vía de expresar “que al menos una de las interpretaciones se aparta del verdadero sentido de la Ley porque no se han seguido los métodos establecidos”.

Ese conflicto, sólo se supera por la vía de tipificar y aceptar que esencialmente la labor del juez depende de un juicio axiológico y de toma de posición en *el marco de la norma* y de acuerdo a *las circunstancias del caso*. Y que ello no involucra sólo un acto de lógica formal y de aplicar la *subsunción de la silogística*.

X.3. El arbitrio judicial es el grado de amplitud (o de posibilidades) de decisión que tiene el juzgador, *dentro o en el marco, que le fija la norma aplicable*, conforme a las *circunstancias* del caso.

El arbitrio debe quedar vertebrado, limitado entonces, en la necesaria elección *de una de las posibilidades fijadas en la norma*. Lo debe realizar conforme *al procedimiento que fija el orden jurídico y previa sistematización del precepto dentro de ese orden (que por ende es un todo armónico)*, el que lo obliga —como hemos insistido— a encontrar solución a todo el conflicto posible.

Se rechaza y se excluye que sea factible la aplicación de uno o más métodos, que proporcionen una significación única y unívoca a la norma en su aplicación al caso particular.

Pero se rechaza con igual énfasis al fallo discrecional, arbitrario, sin fundamentos o fuera del marco legal.

Los métodos tradicionales partieron de la base que el juez sólo interpretaba un objeto ideal, la norma en abstracto y de allí el error de su pretensión uniformadora.

Porque el juez al aplicar la ley, *concreta* esa norma a *conductas normadas en conflicto*, conforme a los *hechos del caso particular* y que conforman un todo, que **es un objeto cultural** y que por ende no es ni ideal ni abstracto.

Interpreta por diversos métodos.

Y supuesta la validez y eficacia de un orden jurídico pre-constituido, creación, interpretación y aplicación de la ley, resultan términos no independientes.

El derecho adquiere realidad, aplicación y eficacia, *por una toma de decisión* del juzgador en un *ámbito vertebrado normativamente*.

Habrà una aprehensión de circunstancias concretas (respetando las reglas de la sana crítica), a la que se sumará el querer o toma de posición del juez, como acto voluntario y axiológico o valorativo.

El juez es creador de derecho dentro del marco legal impuesto. Ha dejado de ser una abstracción que nada vuelca de sí en el acto de juzgar.

No se puede por vía del solo conocimiento científico de la ley, resolver el caso particular. Porque no hay una única forma metodizada de elección que permita obtener de ella una única significación como justa.

La norma y la conducta mentada en ella (norma y hechos) valor y conducta, conducta normada, forman una estructura óptica compleja, no independiente para el juez.

La función jurisdiccional (órgano independiente) crea normas individualizadas aplicables al caso singular. No otra cosa es la Sentencia: atribución de deberes, obligaciones, facultades o derechos, a las partes del proceso, en el caso concreto, conforme a un contenido y a un procedimiento fijado en una norma superior.

Al tratar el tema "Alteraciones" de este estudio (ver VII. 9.), hemos realizado una aplicación práctica de lo que sostenemos en el presente capítulo.

En definitiva el artículo 2º como está concebido, es impropio de un Código y debe ser eliminado.

XI. Epílogo

Reitero que lamento, la falta de notas y citas de las fuentes del Proyecto, como así también que no se haya dejado constancias, de cuáles son los artículos del Código Civil y del Código de comercio que han sido receptados o los que lo fueron con modificaciones. Y muy especialmente que no se haya expresado en qué casos y por qué motivos, han sido suprimidos otros, sin legislar al respecto.

Lo mismo en lo que concierne a quienes elaboraron sus distintas partes y fuentes a las que recurrieron.

1. El análisis que he efectuado, ha abarcado diversas normas del Código, pero especialmente a algunos temas comerciales o de otras materias que he estimado relevantes.

En cada norma examinada, he manifestado mi acuerdo o las disidencias o críticas. Siempre he tratado de fundarlas.

He puesto un espíritu amplio de comprensión y he partido del deseo de aportar ideas constructivas.

2. Sin perjuicio de lo anterior, puedo reiterar lo que expuse en su momento respecto al Anteproyecto, que en una visión global sobre el Capítulo de Títulos Valores, el de Cuenta Corriente Bancaria y otros analizados, que lo proyectado, *si se hubiera aprobado previa una revisión* seria, imparcial y objetiva, sería de suma utilidad a nivel académico, jurisprudencial y profesional. Como lo ha sido, es una obra

muy imperfecta como se ha reconocido en el propio Congreso, dejando para una futura reforma su corrección (11).

Ello pese al álgido debate que generan ciertas normas especialmente en el ámbito del derecho de familia y las numerosas objeciones que se le han formulado en la más variada temática.

En lo que concierne a Títulos Valores, en la enseñanza universitaria traerá un adelanto significativo.

Porque al haber transformado en normas las ideas mayoritariamente aceptadas por la doctrina local y extranjera, acorde con la bibliografía existente, permitirá al alumno un mejor abordaje de la temática que encierra y le facilitará el acceso al contenido de cada concepto o requisito, como siempre ocurre frente al derecho positivo.

Opino que al mismo profesor le dará un mejor ámbito para desarrollar y conducir el aprendizaje y para exponer con mayor amplitud y sobre bases normativas, lo que hoy realiza basado en la doctrina y el derecho comparado.

Los jueces en este ámbito, deberán interpretar y aplicar normas de derecho positivo y no conceptos doctrinarios cambiantes a veces, según el autor o el derecho fuente del que se parte.

De igual forma la jurisprudencia podrá ahora continuar caminos ya transitados perfeccionándolos, pero con la cita de la o las normas que efectivamente entiende aplicables.

Todo ello aunado implicará en este ámbito mayor seguridad jurídica.

Para el Abogado le facilitará elaborar con mayor respaldo los fundamentos de la demanda, de la contestación y —en su caso— de las apelaciones ordinarias o extraordinarias. Lo mismo les ocurrirá en las consultas que evacuen en la variada incumbencia profesional que todos los abogados tienen legalmente asignada.

Es más difícil y genera inseguridad fundarse en doctrinas más o menos autorizadas, en fallos más o menos numerosos, que hacerlos en normas expresas de un Código.

Para que este estudio sea más fructífero para los Colegiados Colegas, en todos los casos pertinentes, he formulado desarrollos explicativos. Lo realicé con aspiración de que ellos permitan, como una guía inicial, acceder con mayor facilidad a la comprensión sistemática de las nuevas normas.

Siempre hemos visto en los ordenes jurídicos en que impera la norma de derecho positivo, mayores méritos axiológicos en orden a la justicia, igualdad y a cambios progresivos y progresistas, que en el sistema del precedente o de la regla "*stare decisis*".

3. Pese a lo expuesto no debo dejar de enfatizar reiterándome, que el Código, al margen de sus merecimientos, **deberá ser revisado seriamente** porque no está exento de errores de distinta entidad, algunos los he puntualizado a guisa de ejemplos, fundando la crítica y en otros casos puede ser perfeccionado, a cuyo respecto también me he expedido.

Aspiro que el Congreso en algún momento supla el debate no acontecido y se aplique a esta tarea en función del bien común, porque las normas que apruebe, como señala la Constitución, son para todos los que habiten en el suelo argentino.

(11) "El Código Civil no es perfecto, todavía le faltan mejoras. La jefa de Bloque del Frente para la Victoria en la Cámara de Diputados, Juliana Di Tullio, aseguró hoy que todavía se enfrentan al desafío de mejorar el recientemente aprobado Código Civil y Comercial. 'El Código Civil no es perfecto, hay que seguir mejorándolo'" (ver <http://www.eldia.com.ar/edis/20141003/El-Codigo-Civil-no-es-perfecto-todavia-le-faltan-mejoras-20141003142123.htm>) -Anexo I: Final de notas (8)-.

Anexo I: Final de notas

(1) El Sistema del Código (*mora ex persona*). El Codificador se inspiró en la doctrina de los romanistas de los siglos XVI y XVII y siguiendo la opinión defendida por Cujas, Doneau y la mayoría de los autores de esa época, ha podido afirmar en la nota al artículo 509 que “por las Leyes de Partida y por las del Código romano, el simple vencimiento de la obligación a plazo equivalía a una interpelación, y ésta no era, por lo tanto, necesaria”. Es en virtud de ello que Vélez Sarsfield, considerando más equitativo el sistema de la *mora ex persona*, adoptó el criterio seguido por el Código francés en el artículo 1139, que cita en la nota. El Código establecía en el artículo 509, antes de la reforma de 1968, el siguiente principio de carácter general: “Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor (...)”.

(1 bis) Salón Azul del Honorable Senado, sito en Rivadavia 1850, de la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires**. Honorable Legislatura de Tucumán, sita en la calle Muñecas 991, **San Miguel de Tucumán, provincia de Tucumán**. La Universidad Nacional de Rosario, Sede de Gobierno, sita en Maipú 1065, **Rosario, provincia de Santa Fe** - Edificio del Rectorado de la Universidad Nacional de La Plata, sito en calle 7 entre 47 y 48, **ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, Provincia del Neuquén**. Universidad Nacional del Nordeste, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, sita en la calle Salta 459 ciudad de Corrientes, **provincia de Corrientes**. Universidad Nacional de Córdoba, Salón de Actos, Pabellón Argentina, Planta Baja, sito en Av. Haya de la Torre s/n, Ciudad Universitaria, ciudad de Córdoba, **provincia de Córdoba**. Teatro Municipal sito en Alsina 425, **ciudad de Bahía Blanca**. Paseo Cultural Castro Barros “Salón Principal Coty Agost Carreño”, ubicado en Pelagio B. Luna 750, esquina Catamarca, **provincia de La Rioja**. Salón Vialidad Nacional, sito en calle Presidente Illia y Falucho, ciudad Capital San Luis, **provincia de San Luis**. Universidad Nacional de La Matanza, sito en Florencio Varela 1903, San Justo, **provincia de Buenos Aires**, calle Hipólito Irigoyen 18 Mar de Ajo Partido de La Costa, **provincia de Buenos Aires**. Palacio Legislativo, sito en la calle Mitre 550, Salta Capital, **provincia de Salta**. **Tierra del Fuego**. Centro del Conocimiento, sito en Av. Ulises López y Ruta 12 –acceso Oeste-Posadas, **provincia de Misiones**.

(2) Sobre lo analizado y expuesto en el presente Título puede verse: FERRI, G. (1958). *Titoli Di Crédito*. Turín; hay traducción española, por el Dr. F. Legón, Bs. As. 1982. MESSINEO, Francesco (1971). *Manual De Derecho Civil y Comercial*, Bs. As.: Egea, T:IV. MONTOYA ALBERTI, Hernando (2000). *Nueva Ley de Títulos Valores*. Lima Gaceta: Jurídica.

(3) Ver YADAROLA, Mauricio (1961). *Titulos de Crédito*, Bs. As: Tea. ANGELONI, V. “La Cambiale E Il Vaglia Cambiario”; 5ta. Roma: Giuffrè, p. 542. CÁMARA, Héctor “*Letra de cambio, vale y pagaré*”, Ediar, Tomo I, pp. 486 y ss.

(4) La tesis defendida por las delegaciones de Suiza y Bulgaria en la Primera y Segunda conferencias de La Haya, tendía a que se aprobara que la “la alteración era ANTERIOR a la firma”. En ambas conferencias Hungría propuso la tesis contraria: se presume que la alteración es POSTERIOR”. En definitiva este fue uno de los aspectos que se dejó librado a la apreciación de los Tribunales y de las leyes locales, tanto en La Haya como en Ginebra. Como la Legislación Italiana (fuente mediata de la nuestra a través del Anteproyecto Yadarola) receptó la Tesis Húngara propuesta en La Haya, nuestro artículo 88, estableció esa regla interpretativa, que se ajusta a los principios generales que rigen el «onus probandi».

(5) Ver Revista Colegio de Abogados de La Plata “Edición Especial 75 Aniversario” agosto 1999, página 153 y SECUNDUM LEGEM (C.E.D. L.P.) Año 3 N° 13, Julio 1999, pp. 38 y ss.

(6) Respecto a todo lo tratado en este acápite puede verse: KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, pp. 147-178; *La Idea del Derecho Natural, y otros Ensayos*, Losada, págs. 238/265; *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, pp. 150/168; 370/187. COSSIO, Carlos, “*El Derecho en el Derecho Judicial*”, Abeledo, pp., 113/185 y 207; “Impugnación egológica de la Escuela del Derecho Libre”, Rev. *La ley*, T. 115: 888; *La Plenitud del Orden Jurídico*, Losada, pp. 139/262; *Teoría de la Verdad Jurídica*, Losada, págs. 245 y ss. HECK, Philipp, *El Problema de la Creación del Derecho*; Ariel, Barcelona, pp. 31 y ss. SCHAFFER, Victor M., *El Jurista ante la Ley Injusta*, México, pp. 35/83. RE-CASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*; C. E. F. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, pp. 105/150. BORGA, Ernesto Voz, “Arbitrio Judicial” en Diccionario Jurídico Omeba. CASTAN TOBENAS, José, *Teoría de la aplicación e investigación del derecho. Metodología y técnica operatoria*, Madrid: Reus, pp. 58 y ss. DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho* Barcelona: Bosch, pp. 384 y ss. REICHEL Hans, *La Ley y la Sentencia*, Madrid: Reus y LAVIGNE, Roberto Horacio “Ámbito jurisdiccional e interpretación de la Ley”, *La Ley* T° 122-1104.

(7) Ver BELLUSCIO Augusto C. y ZANNONI, Eduardo A. *Código Civil*, Ed. Astrea t. 5, p. 904.

(8) “El Código Civil no es perfecto, todavía le faltan mejoras” La jefa de bloque del Frente para la Victoria en la Cámara de Diputados, Juliana Di Tullio, aseguró hoy que todavía se enfrentan al desafío de mejorar el recientemente aprobado Código Civil y Comercial. El Código Civil no es perfecto, hay que seguir mejorándolo. Ver: <http://www.eldia.com.ar/edis/20141003/El-Codigo-Civil-no-es-perfecto-todavia-le-faltan-mejoras-20141003142123.htm>

Anexo II

NOTA PERIODÍSTICA PUBLICADA el 01-08-2012 al poco tiempo que se convocó el anteproyecto.

El Congreso ¿“Sólo reflexionará sobre el Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial hecho por expertos” para luego aprobarlo en forma “expres”?

LA BICAMERAL

Encontrándome abocado al estudio del Anteproyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial, referido a temas de mi especialidad, tomé conocimiento que los bloques legislativos del Congreso Nacional, han resuelto formar una Comisión Bicameral para su estudio. Se constituirá el 8 de agosto próximo y deberá expedirse en 90 días. La minoría, insistió sin éxito, en extender el mismo por resultar exiguo para labor tan trascendente.

El rechazo se fundó —es una forma de decir— en que el plazo “no es para que el Congreso vaya a hacer un Código”, sino que “va a reflexionar sobre un trabajo jurídico hecho por expertos”.

EL CÓDIGO DE VELEZ Y SU TIEMPO

El Código del ilustre Vélez se aprobó hace casi 150 años a libro cerrado. Las circunstancias fueron muy disímiles con las actuales. Se necesitaba una legislación civil inexistente y desperdigada en leyes en el territorio argentino. Era necesario afianzar la emancipación política, la independencia legislativa y la unidad nacional. El Código adquiriría supremacía nacional por la reunificación y a la vigencia de la Constitución reformada con la participación de Buenos Aires.

EL ANTEPROYECTO Y LA SITUACIÓN ACTUAL

Se puede afirmar que hoy no existen razones de esa naturaleza, ni urgencias de ningún tipo. Nada impide que el Congreso se tome el tiempo necesario para el estudio y aprobación de un nuevo cuerpo jurídico. Salvo que se aspire a la rapidez por razones menores, que no tengan exclusivamente en cuenta el bien común.

La Comisión Redactora con casi 100 colaboradores que cita, realizó una labor seria. Articuló temas novedosos o postergados. Pero es una obra humana, no exenta crítica o de estudio que expurgue errores materiales o la lleve a un nivel más alto. Un Código unificador, es una ley de carácter fundamental, la más cercana a la Constitución. Aspira a la permanencia de sus normas. Las leyes se hacen cargo de la proteica actualidad. Anhelamos y propiciamos que el Congreso legisle bien. Que estudie a fondo el Anteproyecto antes de aprobarlo. No existe razón alguna para actuar precipitadamente.

ES NECESARIO UN ESTUDIO A FONDO. EJEMPLOS

A guisa de ejemplos, veremos aspectos preocupantes. Demuestran la necesidad de revisarlo minuciosamente. Los más académicos o científicos quedan para el trabajo en elaboración.

Veamos. El Anteproyecto prevé una “Legislación Complementaria”: 50 artículos derogan 13 leyes y modifican 8, hoy vigentes. La Ley de Sociedades *se modifica* a través de 21 de esos 50 artículos. Pero será imperiosa una aclaración coordinadora. La “Legislación Complementaria” dispone: Artículo 1º “*Derogase el CODIGO CIVIL y CODIGO DE COMERCIO, como así también las Leyes 340 y 2.637.*” Pero La Ley de Sociedades vigente (*que vimos se modifica*) es parte del Código de Comercio. Su artículo 384, dispuso que “Las disposiciones de esta ley integran el Código de Comercio”. Así quedaría *derogada* por el artículo 1º, y *modificada* simultáneamente por los artículos 8º a 39º antes citados. *Hay colisión de normas del mismo cuerpo legal, que debe ser salvada en forma urgente. No tengo dudas que la intención de la Comisión es sólo modificar la Ley de Sociedades.* Se trata de un evidente error por omisión o por falta de normas aclaratorias o de coordinación. Hay otra contradicción de mayor trascendencia y de no tan fácil dilucidación, *en caso que no se aclare.* Otras importantes leyes comerciales, que también disponen que se incorporen y formen parte del Código de Comercio vigente, estarían por ende, derogadas, por el señalado artículo 1º.

Y lo grave es que no existe articulado alguno en el Anteproyecto de Unificación, que las suplante.

Opino que por la razón aludida, se planteará una situación muy seria, con leyes —como digo— **incorporadas expresamente al Código de Comercio.** Menciono abreviando citas: *La Ley de Seguros* (artículo 163) *Letra de Cambio y Pagaré* (el artículo 2º) *Cheque* (1º) “*Warrants y certificados de depósito.*” (Artículo 33) y sin pretensión de agotarlas, *Ley de Concursos* (artículo 293). Estimo que en estos casos, *tampoco ha existido intención derogatoria de esas leyes de parte de la Comisión Reformadora,* pese a que formen parte del Código de Comercio que se planea derogar. En apoyo de mi opinión, resalto que esos cuerpos legales especiales, *están aludidos en numerosas normas del articulado del Anteproyecto. Ej. artículos 254, 375, 1820, 1828 u.p., 1833, 1834 2579, 2582 entre otros.* Por otra parte sus propias índoles —leyes especiales— requerirían si esa es la intención, que normas expresas las deroguen y por su imperiosa necesidad, nuevas que las suplanten. Contrariamente a nuestra perspectiva de la vida, no somos optimistas en cuanto a que dicho cuerpo legislativo, cumpla con una tarea revisora profunda y escuchando todas las opiniones. Muy necesarias por cierto, *acorde a las derivaciones de toda especie que involucrará la aprobación del Anteproyecto, para nuestra sociedad, la familia, el comercio y la comunidad toda.* Basta reflexionar que se proyectan novedades en materia de *Capacidad de las Personas, Proceso de divorcio, Efectos del divorcio; Del régimen patrimonial del matrimonio y su Forma, Uniones convivenciales. Filiación, Parentesco, Derechos Personales, Contratos en general, Contratos bancarios, Títulos Valores, etc.* Se aduna a ello que *no existen fuentes ni notas sobre el articulado del Proyecto* y no hay referencias en los Fundamentos, de los artículos del Código Civil y del Código de Comercio que han sido receptados, los que lo fueron con modificaciones y en qué casos han sido suprimidos sin legislar al respecto. Esperamos que si alguna vez se dijo “Quiera el pueblo votar” parece que la exigencia actual es unírnos para decir “Quiera y sepa el Congreso votar”.