

TÍTULO:	EL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO
AUTOR/ES:	Bagalá, Pablo
PUBLICACIÓN:	Erreius on line
TOMO/BOLETÍN:	-
PÁGINA:	-
MES:	Diciembre
AÑO:	2014

---

**PABLO BAGALÁ**

## **EL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO<sup>(1)</sup>**

### **I. ANTECEDENTES DE LA FORMACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SU TRÁMITE LEGISLATIVO**

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación fue elaborado por una Comisión, designada por el decreto 191/2011, integrada por el doctor Ricardo Lorenzetti como presidente y las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

Luego de un arduo trabajo, el anhelado Proyecto fue presentado al Poder Ejecutivo con fecha 27 de marzo de 2012, y luego fue revisado por parte del Ministerio de Justicia, que le introdujo modificaciones.

No está de más destacar que en la etapa de formación y elaboración fueron invitados a participar, como colaboradores de la Comisión, destacados autores, profesores y especialistas en cada una de las materias que el Código legisla.

Elevado el Proyecto al Congreso de la Nación, fue analizado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Posteriormente, y después de haber pasado por diversas audiencias públicas en distintos lugares del país y la apertura al público en general para recibir opiniones y sugerencias, se elaboró un dictamen de la Comisión Bicameral con una opinión de mayoría.

El dictamen fue presentado y aprobado por el Senado de la Nación el 28 de noviembre de 2013. El Proyecto fue aprobado con las modificaciones que introdujo el Poder Ejecutivo.

En fecha 1 de octubre del corriente año el Proyecto fue tratado y aprobado en la Cámara de Diputados de la Nación en una sesión, por lo menos, bastante particular.<sup>(2)</sup>

Finalmente, el día 7 del mismo mes la presidenta promulgó el nuevo Código unificado, el que entrará en vigencia el 1 de enero de 2016.

### **II. ALGUNOS OBJETIVOS TRAZADOS POR LA COMISIÓN REFORMADORA**

Más allá de que en la presentación del Proyecto y en sus fundamentos, que pueden ser consultados desde la página web oficial de la Comisión<sup>(3)</sup>, el doctor Lorenzetti ilustra magistralmente los objetivos delineados y el porqué de cada una de las cuestiones planteadas en el seno de la Comisión, cabe hacer un pequeño comentario sobre los fines estructurales que se propuso el "Trinomio". Es decir, pasar revista sobre los puntos más generales que se tuvieron en cuenta para comenzar la faena jurídica.

Varios fueron los puntos en los que se puso énfasis al momento de sentarse a delinear el Proyecto de Código Civil y Comercial.

En primer lugar, la apertura a los operadores jurídicos, es decir, a la comunidad jurídica. Era necesario generar un espacio para que distintos actores del derecho pudieran aportar su sapiencia, conocimientos, opiniones y sugerencias a la obra.

En segundo término, la constitucionalización del Código Civil y Comercial. Se necesitaba que el Digesto no fuese un Código simplemente técnico, sino que más bien bajase los principios constitucionales y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad y los hiciese jugar en el derecho privado y público regido por la nueva compilación. En otros términos, había que hacer un Código materializado que tuviese una justicia sustancial y no se agotase en una justicia formal. Que tuviese reglas y principios constitucionales.

Además, debía ser un Código para el ser humano. Para el hombre situado, el hombre concreto (obviamente, sin desconocer a la persona jurídica). Por eso vemos que en su texto aparece el hombre en sus

diferentes etapas existenciales: asoma el consumidor, la persona en convivencia, la familia ensamblada, la persona en el medio ambiente, etcétera.

Finalmente, la redacción del articulado debía ser sencilla y fácil de entender para cualquier persona.

Estas fueron las primeras premisas apuntadas por los distinguidos miembros de la Comisión para comenzar su trabajo.

### **III. EL TÍTULO PRELIMINAR EN GENERAL**

---

El Título Preliminar tiene dimensión constitucional y expansiva porque establece pautas que son de la teoría general del derecho. Así, por ejemplo, establece cuáles son las fuentes del derecho, cómo tiene que dictar sentencia el juez, cuándo entran en vigencia las leyes, etcétera.

Es un Código que está destinado a regir toda la teoría jurídica y no solamente el derecho civil y comercial (obviamente, la excepción es el derecho penal).

Se incorporan cláusulas generales o principios. Además impone reglas, que son mandatos normativos indeterminados que deja que el juez complete con los hechos y los aplique.

Básicamente se puede decir que el Título Preliminar define las fuentes del derecho, brinda reglas de interpretación, suministra guías para el ejercicio de los derechos, reconoce distintos principios generales (buena fe, abuso, fraude, etc.) y, finalmente, remarca el ámbito de aplicación del Código en relación a los derechos y bienes.

Los dos primeros Capítulos ("El derecho" y "La Ley") comprenden pautas dirigidas particularmente a los jueces, mientras que el Capítulo tercero ("Ejercicio de los derechos") más bien tiene como destinatarios a los ciudadanos.

### **IV. EL TÍTULO PRELIMINAR EN PARTICULAR**

---

El Título Preliminar consta de dieciocho artículos. Está dividido en cuatro Capítulos: 1. "Derecho", 2. "Ley", 3. "Ejercicio de los derechos", 4. "Derechos y bienes".

#### **IV a) El derecho:**

Como surge de los fundamentos del Proyecto, la intención de esta parcela es fijar reglas claras para que el juez decida el caso particular. Asimismo, despegar el derecho de la ley, puesto que aquel no se puede reducir a esta. El derecho es mucho más que norma: contiene reglas, principios, problemas de interpretación, problemas hermenéuticos, principios generales, etcétera.

En este primer Capítulo se incorporan tres artículos: fuentes y aplicación (art. 1), interpretación (art. 2) y deber de resolver (art. 3).

Al artículo 1 del Proyecto se llegó luego de un interesante debate. En el primer borrador que circuló, se había incluido como fuente a la doctrina. Pero allí aparecieron observaciones en el sentido de que era muy dificultoso establecer cuál era la doctrina que había que tomar a los fines de interpretar un caso o una norma. Igualmente, la doctrina es una fuente material e importante del derecho.

El Senado de la Nación modificó el texto del artículo mencionado.<sup>(4)</sup>

En cuanto al agregado tratados de "derechos humanos" hubo, solamente, un ajuste terminológico.

Con respecto a la eliminación de la jurisprudencia como fuente de derecho, los legisladores quisieron "tapar el sol con la mano". La jurisprudencia es fuente de derecho esté o no en el texto expreso de la ley. De todas maneras, recordemos que el derecho no lo hace el legislador; lo hace el pueblo, la historia, la sociedad.

El artículo 2 del Título Preliminar es virtualmente el actual artículo 16 del Código vigente.<sup>(5)</sup>

Hay que aclarar que el camino marcado en la norma al juez es al revés; es decir, en primer lugar el juez debe informarse sobre cuáles son los principios y valores jurídicos y luego, con ese bagaje, tiene que interpretar tal o cual artículo.

No es en vano recordar que la disposición es la que hace el legislador (el artículo tal o cual) y la norma es la disposición interpretada conforme a los valores jurídicos y los principios jurídicos, con la jurisprudencia y la doctrina. Vale decir que una disposición se hace norma con el andar. El jurista debe partir de la disposición, pero es su obligación llegar a la norma.

El artículo 3<sup>(6)</sup> es un mandato que siempre ha existido en el Código de Vélez. Lo que se agrega es la expresión "razonablemente fundada", enunciado que se ajusta a la doctrina de la arbitrariedad.

#### **IV b) La ley<sup>(7)</sup>:**

El segundo Capítulo consta de cinco artículos: ámbito subjetivo (art. 4)<sup>(8)</sup>, vigencia (art. 5)<sup>(9)</sup>, modo de contar los intervalos del derecho (art. 6)<sup>(10)</sup>, eficacia temporal (art. 7)<sup>(11)</sup> y principio de inexcusabilidad (art. 8).<sup>(12)</sup>

Aquí, se reproducen los mismos lineamientos que tiene el Código todavía vigente en cuanto a los temas que se tratan. Pero hay una particularidad en el artículo 7 que no se puede pasar por alto.

En efecto, con relación a la eficacia temporal de las leyes, el mentado artículo reproduce sustancialmente el artículo 3 del Código de Vélez Sarsfield, salvo el agregado de su último párrafo, cuyo terminante enunciado me releva de comentario.

Sí, parece oportuno exponer que este es un aspecto novedoso que fue sugerido por el doctor Gabriel Stiglitz y su padre, el doctor Rubén Stiglitz, que la Comisión tomó y aceptó incluir. Por suerte, aquí no hubo mano del Poder Ejecutivo ni del Legislativo.

Digamos que aparece el derecho del consumo en su mayor esplendor.

No alcanzó para este sector con la constitucionalización del derecho de consumo mediante el artículo 42 de la Carta Magna. Tampoco con la ley 24240 y sus distintas reformas. Ahora, el derecho de consumo se mete en el Código Civil y Comercial, logrando, de esta manera, que su contenido sustancial se vea algo más férreo porque, lógicamente, es mucho más difícil reformar un Código que una ley.

Existen más de cien normas que hacen referencia al derecho de los consumidores. En el Título preliminar, donde se asientan los grandes principios, tenemos tres normas que se refieren al derecho de consumo (los arts. 7, 11 y 14).

Solamente hay un Código Civil en el mundo que menciona al consumidor en la parte general, que es el alemán; el segundo es el nuestro.

#### **IV c) Ejercicio de los derechos**

Este Capítulo se compone de seis artículos: principio de buena fe (art. 9)<sup>(13)</sup>, abuso del derecho (art. 10)<sup>(14)</sup>, abuso de posición dominante (art. 11)<sup>(15)</sup> y orden público, fraude a la ley (art. 12)<sup>(16)</sup>, renuncia (art. 13)<sup>(17)</sup> y derechos individuales y de incidencia colectiva (art. 14).<sup>(18)</sup>

Se vislumbran principios generales que, como todo lo proyectado en el Título Preliminar, se complementarán con reglas específicas que se encuentran, por caso, al tratarse los contratos, los derechos reales, etcétera. Pero lo significativo es la ubicación metodológica de los mentados principios que bañan a todos los institutos del Código.

La buena fe abre el Capítulo. Obviamente se hace referencia a la buena fe objetiva, esto es, la exigencia de un comportamiento leal, y a la buena fe subjetiva (apariciencia).

Seguidamente aparece el abuso del derecho<sup>(19)</sup>, tratado "casi" en los mismos términos que el artículo 1071 vigente. Esa "casi" igualdad se manifiesta en que entre el hasta ahora vigente artículo 1071 y el nuevo artículo 10 del Código unificado hay una diferencia de pretérito: mientras que el 1071 narra el texto con un pretérito imperfecto, el proyectado lo narra en presente.

La diferencia no es banal, sino sustancial, porque el juez no tendrá que analizar los fines "*que tuvo en miras el legislador...*" (actual 1071). La pregunta que siempre se impone es: ¿cuáles son esos fines? Por eso, la norma proyectada es sustancialmente superior ("*contraria a los fines del ordenamiento...*").

Muy importante también es la última parte de la norma, donde se habla de la prevención del daño (más bien de la situación jurídica abusiva) y se ordena al juez ("debe") que disponga lo necesario para evitar los efectos del acto o situación de abuso (se le pide al juez que sea activo).

El artículo 11, sobre el abuso de posición dominante<sup>(20)</sup>, también tiene una trascendencia enorme. Es una cuestión estrechamente ligada a los consumidores. Es que, como sabemos, hoy en día es poca la autonomía de la voluntad que queda dentro del marco contractual. Diariamente salimos de nuestras casas y celebramos muchos contratos sin siquiera decir una palabra. No existe más el contrato típico del siglo XIX donde se podían discutir las cláusulas, el contenido, etcétera. ¿Dónde queda el poco de autonomía de la voluntad, si es que queda? No está en el contrato, sino en el mercado. Dicho de otra manera, que uno pueda elegir sin una publicidad engañosa, con una información clara y detallada, sin situaciones monopólicas, etcétera. Porque dentro del contrato es poco lo que se puede negociar. Si el legislador se empeña por mantener los vicios de la voluntad dentro del contrato, básicamente se está alejando de la realidad, porque ello no tiene efectos prácticos. ¿Quién hace hoy una demanda por dolo, error o violencia? Esta situación se debe a que ahora los vicios son colectivos. El dolo del Código aún vigente es la publicidad engañosa.

En relación al orden público, se establece una regla general que resulta idéntica a la que contiene el artículo 21 del Código de Vélez.

Con referencia al fraude a la ley, la norma sigue sustancialmente el texto que se había proyectado en el proyecto del año 1998.

En el artículo 13 se prohíbe expresamente la renuncia general de las leyes porque, lógicamente, tal circunstancia conmoviera la obligatoriedad de la ley. Lo que sí se puede es renunciar a los efectos de la ley y para el caso particular.

Finalmente, se resaltan y distinguen los derechos individuales de los de incidencia colectiva<sup>(21)</sup>, que también reciben reconocimiento en el Código Civil y Comercial. Además, en el último párrafo de este artículo 14 se establece el coto del ejercicio de los derechos subjetivos, poniendo como límite la afectación del medio ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general.

#### **IV d) Derechos y bienes**

El Capítulo que cierra el Título Preliminar incluye cuatro normas: titularidad (art. 15)<sup>(22)</sup>, bienes y cosas (art. 16)<sup>(23)</sup>, derechos sobre el cuerpo humano<sup>(24)</sup> (art. 17)<sup>(25)</sup> y derechos de las comunidades indígenas<sup>(26)</sup> (art. 18)<sup>(27)(28)</sup>.

Básicamente, el Código aduna a los "derechos individuales de las personas sobre los bienes" los "nuevos derechos": de propiedad comunitaria de los pueblos originarios, sobre el cuerpo humano y sus partes y de incidencia colectiva.

Siguiendo la tónica de los Capítulos anteriores, este trata de establecer ciertas guías que luego serán desarrolladas en artículos particulares, leyes especiales y jurisprudencia.

## V. PALABRAS FINALES

---

Se pretendió dar un pantallazo general sobre el Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial argentino, sin entrar al análisis pormenorizado del texto, lo que será objeto de otros trabajos. Eso sí, comparto con ustedes algunos detalles que no son por todos conocidos y que puede resultar interesante conocerlos.

Finalmente, una simple reflexión: el derecho puede residir "estando o no estando". No existe el "no derecho". Cuando el derecho "no está", está convalidando la situación. Cuando se hace un Proyecto de Código, uno tiene que tener cuidado no solo con lo que se proyecta, sino con lo que no se proyecta. Así, cuando el legislador no se mete a legislar, por caso, por bioética, y deja las cosas como están, las convalida.

Hay que exaltar el título preliminar. Es un título preliminar no de la ley, sino del derecho; y también de las normas, pero no como norma en el sentido en que habitualmente entendemos a la palabra, sino como normas que son disposiciones que se van llenando de contenido.

---

### Notas:

[1:] Cualquier consulta, comentario o sugerencia enviarla a [bagalapabloabogado@gmail.com](mailto:bagalapabloabogado@gmail.com)

[2:] Fue aprobado con 135 votos a favor, pertenecientes al oficialismo y a sus habituales aliados, contra ningún voto negativo, debido a que la oposición participó de la primera parte de la sesión y, tras objetar cuestiones sobre el trámite, se retiró del recinto. A los gritos, los diputados del radicalismo, el macrismo, el massismo, el socialismo, la Coalición Cívica y el Frente de Trabajadores de Izquierda se retiraron del debate con el argumento de que "su tratamiento era ilegal"

[3:] <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales/>

[4:] Art. 1 - Fuentes y aplicación. "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados **de derechos humanos** en los que la República sea parte. **A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma.** Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho"

[5:] Art. 2 - 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"

[6:] Art. 3 - Deber de resolver. "El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada"

[7:] En el Código vigente solo se regula lo vinculado a las leyes y al modo de contar los intervalos (arts. 1 a 29, CC)

[8:] Art. 4 - Ámbito subjetivo. "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales"

[9:] Art. 5 - Vigencia. "Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen"

[10:] Art. 6 - Modo de contar los intervalos del derecho. "El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo"

[11:] Art. 7 - Eficacia temporal. "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La ley no tiene efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. **Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo"**

[12:] Art. 8 - Principio de inexcusabilidad. "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico"

[13:] Art. 9 - Principio de buena fe. "Los derechos deben ser ejercidos de buena fe"

[14:] Art. 10 - Abuso del derecho. "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización"

[15:] Art. 11 - Abuso de posición dominante. "Lo dispuesto en los artículos 9 y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales"

[16:] Art. 12 - Orden público. Fraude a la ley. *"Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.*

*El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir"*

[17:] Art. 13 - Renuncia. *"Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba"*

[18:] Art. 14 - Derechos individuales y de incidencia colectiva. *"En este Código se reconocen:*

*a. derechos individuales;*

*b. derechos de incidencia colectiva.*

*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general"*

[19:] En el Código vigente se regula el abuso del derecho en el art. 1071

[20:] Hoy regulado en el art. 1, L. 25156 de defensa de la competencia

[21:] Los derechos de incidencia colectiva emanan principalmente de los arts. 41 y 43 de la CN

[22:] Art. 15 - Titularidad de derechos. *"Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código"*

[23:] Art. 16 - Bienes y cosas. *"Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre"*

[24:] El cuerpo humano solamente tiene significado en cuanto es soporte de la noción de persona. Respecto a los actos de disposición sobre el propio cuerpo humano, encontramos las previsiones de la L. 22990 (ley de sangre) y la L. 24193 (ley de transplante de órganos y materiales anatómicos)

[25:] Art. 17 - Derechos sobre el cuerpo humano. *"Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales"*

[26:] Los derechos de las comunidades indígenas se encuentran receptados en la L. 23302 (ley de protección de las comunidades aborígenes), en el art. 75, inc. 17), CN y en diversos tratados internacionales, en especial los Convenios de la OIT 107 y 169

[27:] Art. 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 art. 75, inc. 17) de la CN"*

[28:] Norma transitoria 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 art. 18, CC)