

**FUNDAMENTOS DEL ANTEPROYECTO
DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

La Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011, presentamos el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" y sus "Fundamentos", en los que se detalla tanto el método como los principios que inspiran nuestro trabajo.

Queremos dejar constancia de nuestro especial agradecimiento al Dr. Miguel Federico De Lorenzo, a quien hemos designado como Secretario de la Comisión. Asimismo, ha sido inestimable la participación de todos los que han colaborado con nuestra labor, cuyos nombres constan en el anexo a la presente. Quienes colaboraron lo hicieron respecto de partes específicas, sin que esto importe que cada uno de ellos esté de acuerdo con la totalidad de lo proyectado, como es lógico.

Finalmente, expresamos el honor que ha significado para nosotros brindar este servicio de tan alta significación para los intereses de la República.

ÍNDICE

I) ASPECTOS VALORATIVOS

II) MÉTODO

III) TÍTULO PRELIMINAR

IV) LIBRO PRIMERO: PARTE GENERAL

Título I. Persona humana

Título II. Persona jurídica

Título III. Bienes

Título IV. Hechos y actos jurídicos

Título V. Transmisión de los derechos

V) LIBRO SEGUNDO: RELACIONES DE FAMILIA

Título I. Matrimonio

Título II. Régimen patrimonial del matrimonio

Título III. Uniones convivenciales

Título IV. Parentesco

Título V. Filiación

Título VI. Adopción

Título VII. Responsabilidad parental

Título VIII. Procesos de familia

VI) LIBRO TERCERO: DERECHOS PERSONALES

Título I. Obligaciones en general

Título II. Contratos en general

Título III. Contratos de consumo

Título IV. Contratos en particular

Título V. Otras fuentes de las obligaciones

VII) LIBRO CUARTO: DERECHOS REALES

Título I. Disposiciones generales

Título II. Posesión y la tenencia

Título III. Dominio

Título IV. Condominio

Título V. Propiedad comunitaria indígena

Título VI. Propiedad horizontal

Título VII. Conjuntos inmobiliarios

Título VIII. Tiempo compartido

Título IX. Cementerios privados

Título X. Superficie

Título XI. Usufructo

Título XII. Uso

Título XIII. Habitación

Título XIV. Servidumbres

Título XV. Derechos reales de garantía

Título XVI. Acciones posesorias y acciones reales

VIII) LIBRO QUINTO: TRANSMISIÓN DE DERECHOS POR CAUSA DE MUERTE

Título I. Sucesiones

Título II. Aceptación y renuncia de la herencia

Título III. Cesión de herencia

Título IV. Petición de herencia

Título V. Responsabilidad de herederos y legatarios. Liquidación del pasivo

Título VI. Estado de indivisión

Título VII. Proceso sucesorio

Título VIII. Partición

Título IX. Sucesiones intestadas

Título X. Porción legítima

Título XI. Sucesiones testamentarias

IX) LIBRO SEXTO: DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS PERSONALES Y REALES

Título I. Prescripción y caducidad

Título II. Privilegios

Título III. Derecho de retención

Título IV. Disposiciones de derecho internacional privado

X) REFORMAS AL TEXTO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

I) Aspectos valorativos

Algunos aspectos valorativos que caracterizan el Anteproyecto que presentamos se pueden resumir en los siguientes principios:

Código con identidad cultural latinoamericana. Existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano. Este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación. El Código Civil francés, sancionado por ley del 21 de marzo de 1804, influyó con sus criterios en los códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 1870; Perú, 1852; Chile, 1857; Argentina, 1871 y Brasil, 1917). Esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales. Sin embargo, también hemos incorporado nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región.

Constitucionalización del derecho privado. La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

Código de la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.

Código basado en un paradigma no discriminatorio. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el

origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

Código de los derechos individuales y colectivos. En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño.

En materia de bienes. La mayoría de los códigos decimonónicos han quedado desactualizados. En efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los consideran colectivos, y no solamente de propiedad del Estado. Todo ello requiere una concepción más amplia, que ha sido receptada en el Anteproyecto.

Código para una sociedad multicultural. En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar. En ese sentido, se incorporan normas relativas a la filiación que tienen en cuenta la fecundación in vitro; en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales; en materia de matrimonio, se regulan los efectos del sistema igualitario ya receptado por el legislador y la posibilidad de optar por un régimen patrimonial; también se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina. Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de algunas de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender.

Código para la seguridad jurídica en las transacciones comerciales. En tanto se trata de la unificación del derecho civil y comercial, también se han adoptado decisiones para promover la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles. Por eso se regulan contratos de distribución, bancarios, financieros, fideicomisos, régimen contable de los

comerciantes y muchos otros temas. Para esos fines se ha tenido en cuenta la legislación internacional y el aporte de numerosos especialistas.

Estos valores y principios están muy presentes en nuestra propuesta legislativa y ausentes de manera sistemática en una gran mayoría de los códigos de otros países, lo cual le confiere una singularidad cultural remarcable.

II) Método

1. Aspectos vinculados a la elaboración del Anteproyecto

1.1. Amplia participación y discusión de la doctrina

Para la redacción de este Anteproyecto se utilizó un método ampliamente participativo, como nunca antes se había hecho.

Se ha tenido a la vista los antecedentes más significativos del derecho comparado, la doctrina de los autores nacionales y extranjeros con mayor prestigio académico, la opinión de los congresos de juristas, y los criterios de la jurisprudencia.

Se han utilizado los siguientes proyectos de reformas:

- El Anteproyecto de 1926 preparado por Juan Antonio Bibiloni.
- El Proyecto de 1936.
- El Anteproyecto de 1954, redactado bajo la dirección del Dr. Jorge Joaquín Llambías.
- El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, proveniente de la Cámara de Diputados de la Nación de 1987 (Proyecto 1987).
- El Proyecto de 1993 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación (Proyecto 1993 CF).
- El Proyecto preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 468/92 (Proyecto 1993 PEN)
- El Proyecto de 1998, preparado por la Comisión creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/95 (Proyecto 1998).

Esta base fue enriquecida por numerosos trabajos críticos de la doctrina y decisiones jurisprudenciales que también se tuvieron en consideración.

La Comisión comenzó su trabajo de manera inmediata a su designación, y se convocó a una amplia participación en dos niveles:

a) se permitió que el público en general hiciera propuestas hasta un plazo determinado, y todas ellas fueron motivo de análisis y discusión.

b) Se formaron grupos de trabajo para permitir una amplia participación de todos los especialistas del país y varios del área latinoamericana. Mediante estos grupos de labor se ha tenido en cuenta la opinión de más de cien juristas representativos de todas las tendencias y todas las regiones del país.

A medida que se fue avanzando con la redacción de las partes generales, la Comisión las distribuyó para que todos opinaran. Una vez recibidas las observaciones, se volvió a discutir.

Puede decirse que la elaboración del Anteproyecto tuvo una amplísima participación de los especialistas y de la comunidad. Asimismo, hubo un proceso muy dinámico de discusión con los distintos grupos, para aprovechar al máximo la inteligencia colectiva.

Queremos agradecer especialmente la colaboración desinteresada de todas las personas que se nombran en el anexo a la presente ya que, sin ellos, no hubiera sido posible presentar este trabajo.

1.2. Consensos y decisiones valorativas

La amplia participación y discusión por parte de la doctrina permitió tener en cuenta todas las opiniones. Naturalmente no es posible adoptarlas a todas, pero han sido materia de debate para admitirlas o no sobre la base de decisiones razonables y fundadas.

Este procedimiento hace que el Anteproyecto tenga dos caracteres importantes:

- a) La mayoría de los artículos expresan un alto grado de consenso existente en la comunidad.
- b) En aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones que no estuvieron orientadas por las impresiones personales de los integrantes, sino por los valores representados en el bloque de constitucionalidad y las decisiones legislativas o jurisprudenciales ya adoptadas en la República Argentina.

1.3. El método del Anteproyecto

El Anteproyecto unifica los códigos civil y comercial, aspecto sobre el cual hay una amplia coincidencia en la doctrina jurídica argentina.

Contiene un Título Preliminar y luego una Parte General para todo el Código, así como partes generales para las diversas instituciones que regula. En este aspecto, se sigue la opinión de muchos juristas, entre ellos, Freitas, quien introdujo en su proyecto

para Brasil una parte general. En esta posición cabe computar todos los proyectos de reforma integral realizados en el país: el Anteproyecto de Reformas de Biliboni de 1926, el Proyecto de 1936, el Anteproyecto de 1954, y los Proyectos de 1993 (PEN) y de 1998.

Se decidió no incluir notas, al igual que el Proyecto de 1998, y por las mismas razones.

Se ha tratado de incluir sólo aquellas definiciones que tienen efecto normativo y no meramente didáctico, en consonancia con la opinión de Vélez Sarsfield, primer codificador, expresada en la nota al artículo 495 del Código Civil.

La Comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo más clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado, en la medida de lo posible, las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Se ha tratado de conservar, en lo posible, las palabras ya conocidas y utilizadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, hay numerosos cambios sociales, científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones, ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos.

También se ha puesto énfasis en la gramática y, en especial, se ha tratado de emplear el tiempo presente en la redacción de todo el articulado, porque es el que más se adapta a la búsqueda claridad expositiva.

1.4. El Código y las normas.

En la estructura interna del Código se ha respetado el orden de partes generales que se ha usado en el Proyecto de 1998, el que, a su vez, tiene su base en otras experiencias anteriores. Las partes generales permiten la utilización de conceptos normativos que luego se especifican, así como una lectura más sencilla de todo el sistema.

El código se relaciona con otras normas ya existentes en el sistema, y ello ha demandado un esfuerzo importante a fin de lograr la mayor coherencia posible, sobre todo teniendo en cuenta que esas leyes contienen reglas, frases y vocablos disímiles.

Como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes.

Es interesante señalar la función del derecho supletorio como modelo. En materia contractual, por ejemplo, se describen reglas que pueden ser dejadas de lado por las

partes, pero que cumplen la función de aportar una guía que, si es seguida, disminuye los costos de transacción y la litigiosidad.

El anteproyecto respeta los otros microsistemas normativos autosuficientes. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Ha sido imprescindible una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos en los puntos que la doctrina ha señalado como defectuosos o insuficientes. Asimismo, ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos sugeridos por la doctrina. En otros casos, se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el contrato de leasing. Finalmente, en otros casos, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras.

III) Título Preliminar

1. Razones de la existencia de un Título Preliminar

Una primera cuestión a decidir es la necesidad de incluir un Título Preliminar en el código.

Su aceptación se ha basado en una tradición histórica y en el presupuesto de que el código civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema.

Esta idea ha sido cuestionada en la actualidad, puesto que la descodificación es un fenómeno incontrastable. Desde este punto de vista, algunos códigos, como el brasileño, prescinden de un Título Preliminar.

Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores.

En el sistema jurídico argentino vigente no hay un dispositivo que fije reglas generales respecto de las fuentes ni en relación a la interpretación de éstas.

La regulación completa de las fuentes es un tema que hoy se analiza en el derecho constitucional, porque tiene la amplitud necesaria para comprender desde los tratados internacionales hasta la reglamentación administrativa. En el derecho privado, en cambio, se pueden regular las fuentes desde el punto de vista de la decisión del juez, estableciendo, como se dijo, reglas para la decisión judicial.

De modo que, en este plano, la respuesta es positiva y así lo propone el Anteproyecto. Si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "...la regla de interpretación prevista en el artículo 16 (del Código Civil) excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno" (Fallos, 312:957).

Por esta razón, cabe distinguir entre el derecho como sistema y la ley, que es una fuente, principal, pero no única. En este sentido, es muy útil mencionar las fuentes del derecho, y fijar algunas reglas mínimas de interpretación, porque se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores. Con referencia a la ley, el anteproyecto establece normas respecto de su obligatoriedad con relación al espacio y al tiempo y sus efectos en el campo del derecho internacional privado.

Tradicionalmente, el título preliminar ha sido considerado solamente para estos fines, es decir, la definición de fuentes y reglas de interpretación. El Código Civil español contiene un título preliminar dedicado a "las normas jurídicas, su aplicación y eficacia", con capítulos dedicados a las fuentes del derecho, la aplicación de las normas jurídicas, eficacia general, y normas de derecho internacional privado.

El Anteproyecto le da una amplitud mayor, incluyendo reglas para el ejercicio de los derechos, cuyo destinatario no es el juez, sino los ciudadanos, y nociones generales sobre los bienes individuales y colectivos, que le dan al Código un sentido general en materia valorativa, como se explica más adelante.

Finalmente, cabe considerar que los programas de las facultades de derecho argentinas tienen, habitualmente, una parte general cuyo contenido es coherente con el que se propone.

Por esta razón, el anteproyecto contiene un Título Preliminar que, sin tener pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema, incluye los contenidos referidos, conforme a las precisiones que desarrollamos seguidamente.

2. Objeto de regulación: ley y derecho

El Código Civil incluyó el Título I denominado "De las leyes".

El Anteproyecto distingue normativamente el derecho de la ley. Una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica. La concepción que se recoge tiene antecedentes en otros códigos, como, por ejemplo, el italiano; se refiere a las fuentes del Derecho (artículo 1) y menciona a la ley, los reglamentos y los usos, a los que luego define en sus efectos y relaciones jerárquicas (artículos 2, 3, 4). El Capítulo 2 (artículo 10) regula la aplicación de la ley (artículo 11), su eficacia en el tiempo, y la interpretación (artículo 12).

Por esta razón, se incluye un Título relativo al derecho, y otro referido a la ley como fuente principal.

3. El Título Preliminar como núcleo de significaciones

Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar algunas reglas que *confieren una significación general a todo el Código*. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas.

Desde esta perspectiva, el Título Preliminar amplía su contenido a otras cuestiones, como se explica a continuación:

El derecho: se incorporan directivas referidas a la obligación de decidir, las fuentes y reglas de interpretación

Las leyes: se regula la ley como fuente formal principal; obligatoriedad de la ley, leyes transitorias, el modo en que se cuentan los intervalos del derecho.

El ejercicio de los derechos subjetivos: se contemplan principios referidos al ejercicio de los derechos subjetivos, dirigidos al ciudadano: buena fe, abuso de los derechos, fraude a la ley, renuncia de la ley, ignorancia o error de la ley.

Los derechos y los bienes: se especifica el campo regulatorio del Código en la materia.

En cuanto a los textos, se prefiere incluir pocos artículos para mantener una regulación austera que permita el desarrollo jurisprudencial.

Seguidamente se examinan más detenidamente estas cuestiones

4. El derecho

El propósito de este Capítulo no es dar una definición del derecho ni de sus fuentes, lo que sería impropio de un código, sino fijar reglas claras para la decisión. En tal sentido, se consideran las fuentes y se establece el requisito de la razonabilidad de las decisiones como un estándar de control de la decisión judicial.

El Código Civil vigente dispone la obligación de juzgar (artículo 15) y las directivas en caso de insuficiencia de la ley (artículo 16). Los proyectos de 1987 y de 1993 se limitaron a reformar el artículo 16. El Proyecto de 1998 regula el deber de resolver, y los usos y costumbres (artículos 5 y 6)

El anteproyecto que se presenta se basa en las siguientes consideraciones:

4. 1. Las fuentes:

Los casos deben ser resueltos conforme a un sistema de fuentes.

Se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad, siendo ésta una decisión “contra legem” que origina litigiosidad innecesaria. La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción.

De todos modos, queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así, se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que puede ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *última ratio* del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros).

Además, el anteproyecto regula el valor de la costumbre contemplando los casos en que la ley se refiera a ella o en ausencia de regulación.

4.2. Reglas de interpretación

A fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con reglas de interpretación.

De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja 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.

Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales.

Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual 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. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.

También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico.

Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo.

4.3. Obligación de decidir razonablemente

Finalmente, se regula la obligación de decidir, dirigida a los jueces, conforme con la tradición en nuestro Código Civil. Se agrega que la decisión debe ser razonablemente fundada, expresión que se ajusta a lo que surge de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias. Esta disposición se aplica extensivamente a todos los que deben decidir casos con obligación de fundarlos.

5. La ley

5.1. La obligatoriedad de la ley

El Título I del Proyecto de 1998 dispone: “Artículo 1º.- Extensión. 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. Artículo 2º.- Existencia y vigencia. Las leyes rigen después del octavo día de su publicación, o desde el día que ellas determinen”.

No hay objeciones a este texto, excepto en lo referente a la publicación, que debería ser “oficial”, y de allí que es adoptado por este Anteproyecto.

5.2. Modo de contar los intervalos del derecho

El Título IV del Proyecto de 1998 contiene las siguientes normas: “Artículo 9º.- Día. Día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. Artículo 10º.- Plazo de días. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Artículo 11.- Plazo de meses o años. 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 del mes. Artículo 12.- Plazo de horas. En los plazos fijados en horas, a contar desde una determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la siguiente. Artículo 13.- Vencimiento del plazo. Los plazos vencen a la hora veinticuatro (24) del día del vencimiento respectivo. Si el vencimiento se produce en un día inhábil, se entiende prorrogado al día hábil siguiente. Si se trata de un acto que no puede cumplirse hasta la hora veinticuatro (24) por encontrarse cerradas las respectivas oficinas judiciales o administrativas, se considera prorrogado hasta las dos (2) primeras horas hábiles siguientes. Artículo 14. – “Cómputo. El cómputo civil de los plazos es de

días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo”.

En los fundamentos se afirma: “En cuanto al modo de contar los intervalos de tiempo se mantienen las soluciones vigentes con una expresión más precisa; y se incorpora una regla que alude al plazo de gracia, institución típica del derecho procesal que se pretende trasvasar al derecho de fondo; de modo que cualquier acto que deba cumplirse hasta las veinticuatro horas de cierto día y no puede ello hacerse por encontrarse cerradas las oficinas judiciales o administrativas, se considera prorrogado hasta las dos primeras horas hábiles siguientes”.

En general, este Título no ha merecido críticas, excepto en la cuestión referida al plazo de gracia que, como el propio proyecto lo dice, es una cuestión procesal. Teniendo en cuenta que, además de no ser derecho de fondo, este aspecto puede variar según las provincias y los temas regulatorios, esta Comisión no lo incorpora, dejando que cada ordenamiento procesal se ocupe de resolverlo, como sucede actualmente, excepto lo dispuesto en materia de prescripción, en tanto, en ese ámbito, resulta necesario dar una solución armónica en todo el territorio nacional.

5.3. Derecho transitorio

El Título II del Proyecto de 1998 regulaba el derecho transitorio de la siguiente manera: “Artículo 4°.- Temporalidad. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias”.

Se ha conservado esta regla, pero se aclara que las leyes se aplican a las consecuencias y no a las relaciones, de acuerdo con lo que sostiene la doctrina mayoritaria.

Por otra parte, se introduce una ligera variante con relación a la regulación actual del artículo 3° del Código Civil con relación a los contratos en curso de ejecución y las nuevas normas supletorias. Según el entendimiento tradicional, la vigencia de las normas supletorias se basa en que las partes han callado porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato, hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos

supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes. Sin embargo, tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad “común” sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor.

5.4. Invocabilidad del error de derecho

El Código Civil dispone (artículo 20) que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley.

El Proyecto de 1998 establece “Artículo 7º.- Vigencia de la ley. Ignorancia o error de derecho. Las leyes son vinculantes desde su entrada en vigencia, y la ignorancia o el error acerca de ellas no sirven de excusa salvo, con relación a las leyes civiles, en los siguientes casos: a) Si la ley autoriza la excusa. b) Si la ley establece que se debe dar un aviso o comunicación previos, a persona determinada o al público, haciendo saber sus disposiciones, y ese aviso o comunicación no ha sido dado”.

Esta disposición, examinada conjuntamente con el artículo 2º del Proyecto, puede dar lugar a confusiones. De acuerdo con ello, las leyes vinculan desde su entrada en vigencia, y no requieren la publicación en el boletín oficial. Un importante sector de la doctrina ha criticado esta redacción porque puede hacer confundir las leyes no publicadas con las leyes secretas y por eso corresponde salvar la omisión.

Por esta razón el anteproyecto mantiene el principio básico del sistema que consiste en que la ley se presume conocida.

Resta considerar la situación de los sectores vulnerables por su situación social, económica o cultural, a los que, muchas veces, resulta justificable eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria. Sin embargo, la Comisión considera que una regla general de este tipo en el Título Preliminar podría tener una expansión muy amplia

en su aplicación con serio deterioro del presupuesto básico. Por otra parte, no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables.

6. Ejercicio de los derechos

6.1. Su regulación como principios generales

Los dos primeros Títulos “El derecho” y “La ley” contienen guías dirigidas a los jueces y juezas. El Título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos.

Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado.

Esta calificación como principios generales, que ha sido ampliamente receptada en la jurisprudencia, no se condice con la ubicación metodológica en el Código Civil, que sigue siendo específica y sectorial.

Por esta razón se propone su inclusión en el Título Preliminar.

De esta manera, se suministran pautas generales para el ejercicio de los derechos, fundamentales para orientar en todo el Código.

En este punto, el anteproyecto se aparta del Proyecto de 1998. En este último, se introduce en el Título Preliminar una norma referida al fraude a la ley, independizándolo del fraude a los acreedores y elevándolo al rango de una categoría general. La disposición proyectada establecía: “Artículo 8°.- F raude a la ley. 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”. Luego, en el Título IX se incluían los arts. 395, 396, 397 y 398 en los que se trata la buena fe, el abuso del derecho, la posición dominante y las sanciones conminatorias.

Como se dijo, el anteproyecto regula principios generales en el Título Preliminar, que luego se complementan con reglas específicas existentes en materia de obligaciones, contratos, derechos reales y otros aspectos, sin dejar de considerar la influencia que ello tiene sobre las leyes especiales.

6.2. Buena fe

La “buena fe” como una cláusula general fue introducida en el Código Civil mediante la reforma de la ley 17.711 y sus resultados han sido satisfactorios y ampliamente elogiados por la doctrina. En el ámbito de las reformas, el Proyecto de 1998 propone: “Buena fe. Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado” (artículo 395). La norma hace referencia al acto jurídico, si bien está inserta en el Título “Del ejercicio de los derechos”. Metodológicamente parecería que su ubicación es impropia, pues así redactada debería ir en el Título de los actos jurídicos y no del ejercicio de los derechos. Además, tratándose de una cláusula general que abarca el ejercicio de cualquier derecho o situación jurídica, sea ella derivada o no de un acto jurídico, parece más apropiado otorgarle un enunciado normativo más amplio, comprensivo de cualquier ejercicio de un derecho.

De conformidad con lo señalado, se propone que la buena fe sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos.

En el Proyecto de 1998 se incluye la “lealtad”, lo que puede dar lugar a una interpretación restrictiva. En el anteproyecto, al ser un principio general, se incluye tanto la buena fe, en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva), como la denominada buena fe “creencia” (subjetiva), que incluye la apariencia y, por lo tanto, se prescinde de aquella expresión.

6.3. Abuso del derecho

El abuso del derecho fue introducido en el Código Civil mediante la reforma de la ley 17.711, y ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia y la doctrina. El Proyecto de 1998 recibe la mayoría de estas observaciones mediante la siguiente propuesta: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines que ella tuvo en mira al reconocerlos, o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral o las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo y, según las circunstancias, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

El anteproyecto sigue, en lo sustancial, los referidos precedentes. Las cláusulas generales, por su propia morfología, se integran y consolidan su alcance lentamente a través de la tarea jurisprudencial. Esta circunstancia aconseja conservar la redacción de

las mismas, en tanto y en cuanto no existan motivos justificados como para alterar su formulación.

Las modificaciones propuestas son las siguientes:

a) Definición como principio general: se lo incluye como un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar; esta metodología cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones en cada caso en particular.

b) Abuso de derecho, de situaciones y de posición dominante en el mercado: el abuso en el ejercicio del derecho tiene una extensa tradición en nuestro país tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Esta elaboración se basa en el ejercicio de un derecho por parte de su titular, pero no comprende otros dos supuestos que han merecido consideración doctrinal:

b.1) Las “situaciones jurídicas abusivas”: en este supuesto, el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas, cuya descripción y efectos han sido desarrollados por la doctrina argentina.

b.2) El abuso de posición dominante en el mercado: para dar coherencia al sistema, se incluye este supuesto, que es diferente del ejercicio abusivo y de la situación jurídica, razón por la cual se lo menciona en texto separado.

c) Fines del ordenamiento: se evita la referencia a los fines “pretéritos” con la expresión que se “tuvo en mira al reconocer (el derecho)”, pues el texto de una norma no puede quedar indefinidamente vinculado a su sentido “histórico”. En su reemplazo, se emplea la noción de “fines del ordenamiento” que evita la contextualización histórica, posibilitando la interpretación evolutiva para juzgar si se ha hecho un uso irregular o abusivo.

Esta decisión tiene una gran importancia por dos razones: a) los fines actuales del ordenamiento incluyen no sólo los sociales, sino también los ambientales, dándose así cabida a la denominada función ambiental de los derechos subjetivos; y b) es coherente con las reglas de interpretación que se proponen en este Título Preliminar.

6.4. Abuso de posición dominante en el mercado

El Proyecto de 1998 incluye dentro del Capítulo referido al ejercicio de los derechos la siguiente propuesta: “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores se aplica cuando se abusare de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en las leyes especiales”

El ejercicio abusivo incluye la posición dominante, pero debe aclararse que se *trata de la posición en el mercado*. El fundamento de este agregado es que el principio protectorio siempre presupone que alguien domina a otro, pero las reglas a través de las cuales se aplica dicho principio de política legislativa son diversas y cada una tiene su fundamento específico: buena fe, abuso del derecho, etc. Si se incluyera una norma que se refiera sólo a la posición dominante, perderían sentido todas las demás y las absorbería, con gran perjuicio general del sistema y de su adaptabilidad, ignorando la doctrina y jurisprudencia.

Finalmente, es importante resaltar la noción de abuso del derecho individual respecto del derecho de incidencia colectiva. Esta norma ha sido ubicada en el Capítulo referido a los bienes a fin de facilitar su comprensión, porque es novedosa en el sistema argentino. Se trata de que los derechos subjetivos tengan límites respecto de los bienes colectivos, como ocurre con el desarrollo o consumo sustentable o la función ambiental de los derechos.

6.5. Orden público y fraude a la ley

Se establece una regla general sobre el orden público idéntica a la que contiene el Código Civil vigente en el artículo 21.

Seguidamente se regula el fraude a la ley imperativa en los términos que había previsto el Proyecto de 1998.

6.6. Renuncia general de las leyes

La prohibición a la renuncia general es plenamente justificable, porque de lo contrario se afectaría la obligatoriedad de la ley. Es admisible la renuncia a los efectos, pero, en cuanto a los límites, se utiliza una expresión más amplia, comprensiva de todo el sistema.

7. Derechos y bienes

7. 1. El problema legal

El Código Civil ha regulado, dentro de los derechos reales (Libro Tercero), al patrimonio como un atributo de la persona (nota al artículo 2322 del Código Civil), siguiendo una extensa y consolidada tradición histórica. La regla se basa en una relación directa entre el sujeto individual y los bienes, así como una vinculación relevante entre estos últimos y su valor económico, mientras que, excepcionalmente, se da un lugar a los

bienes del dominio público. Este esquema es insuficiente para solucionar conflictos actuales, que tienen lugar en la jurisprudencia.

La concepción patrimonialista ha ido cambiando, y aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo humano, órganos, genes, etc. La relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios. Finalmente, los conflictos ambientales se refieren a bienes que son mencionados en el Código como del dominio público, pero la Constitución y la ley ambiental los considera colectivos, y no solamente de propiedad del Estado.

Es necesario proveer principios en relación a estos temas que, por su amplitud, no pueden estar metodológicamente ubicados, exclusivamente, en materia de derechos reales. Por eso, se introduce un Capítulo del Título Preliminar que, con pocos textos, permite disponer de unas guías generales que luego se desarrollarán en artículos particulares, leyes especiales y jurisprudencia.

Dada la magnitud del cambio que se propone, es necesario ampliar algo más estos fundamentos.

7. 2. Método

El método seguido por el Código Civil y por el Proyecto de 1998 es un elemento fundamental para desentrañar la arquitectura del sistema.

El Código Civil regula este tema en el Libro Tercero, con un Título I (artículos 2311 y ss.) que alude a las cosas consideradas en sí mismas, desarrolla la noción de bienes, cosas, muebles, inmuebles, fungibles, consumibles, divisibles, principales, accesorias y su enajenabilidad. En los artículos 2339 y ss. se trata de las cosas en relación a las personas, los bienes públicos y privados del Estado, y los que son susceptibles de apropiación privada, los bienes municipales, de las iglesias y de los particulares.

El Proyecto de 1998 contiene un Libro Segundo dedicado a la parte general, que trata de la persona humana (Título I), de la persona jurídica (Título II), y del patrimonio (Título III). Este último contiene un Capítulo 1, referido al activo (bienes y cosas considerados en sí mismos y con relación a los derechos (Sección 1ª), y a las cosas consideradas en relación a las personas (Sección 2ª)) un Capítulo 2 sobre la garantía común y un Capítulo 3, sobre la vivienda. Interesa analizar ahora el contenido del Libro segundo, Título III, Capítulo 1, Sección 1ª y 2ª, que consiste en lo siguiente:

Bienes y cosas considerados en sí mismos y con relación a los derechos (arts. 214 a 225): definición de bienes, cosas, bienes registrables, inmuebles, muebles, cosas divisibles, principales, accesorias, consumibles, fungibles, frutos, productos, bienes fuera del comercio.

Cosas consideradas en relación a las personas (arts. 226 a 230): definición del dominio público, dominio privado del Estado, y bienes de los particulares.

De lo expuesto se desprende que el orden seguido se basa en distinguir:

La persona humana o jurídica y sus derechos individuales sobre los bienes:

a) Elemento subjetivo: el sujeto que se tiene en consideración es la persona humana o jurídica, pero no se tiene en cuenta a las comunidades (propiedad de los pueblos originarios), que en la Constitución actual son sujetos de derecho.

b) Elemento objetivo: en cuanto al objeto, se dirige a los bienes, que son susceptibles de apreciación económica. Dentro de esta categoría se distingue a los bienes materiales que son cosas y, además, a los que están dentro y fuera del comercio. Estas divisiones no toman en cuenta a bienes que no son susceptibles de apreciación económica, pero que presentan otro tipo de utilidades, como el cuerpo humano.

Las conclusiones metodológicas son las siguientes:

1) Hay un grado de generalización creciente, porque en el Código Civil se incluyó este tema en el Libro Tercero sobre derechos reales y en el Proyecto de 1998 se lo regula en el Libro Segundo, que está dedicado a la parte general.

2) La propuesta de regulación del Proyecto de 1998 continúa siendo insuficiente para contemplar los nuevos conflictos, probablemente porque, al momento de su elaboración, la reforma constitucional era demasiado novedosa.

3) Sin perjuicio de mantener la regulación específica de los derechos reales, es necesario contemplar los nuevos supuestos. Esa regulación no puede ser exhaustiva, ya que, en gran medida, está en leyes especiales. El punto de equilibrio regulatorio es, entonces, una serie de pautas generales incluidas en el Título Preliminar

Este Anteproyecto propone mantener la clasificación existente en materia de derechos reales, que es tradicional, consolidada, y que se basa en derechos individuales de las personas sobre bienes (susceptibles de valoración económica), y, al mismo tiempo, contemplar otros aspectos que ya están en la práctica social y en el sistema jurídico:

- a) Derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios.
- b) Derechos sobre el cuerpo humano y sus partes.
- c) Derechos de incidencia colectiva.

La regulación de estos aspectos plantea, a su vez, cuestiones complejas relativas a su tratamiento.

7.3. Bienes

Las nociones jurídicas de bien, cosa y patrimonio están sometidas a tensiones derivadas de los cambios socioeconómicos de nuestro tiempo.

En relación al bien, como dijimos, la tradición legislativa identifica a los bienes con la valoración económica. Para este fin, no es determinante si son materiales (cosas) o inmateriales, porque lo que interesa es que tengan valor, y este elemento, para la letra del Código Civil y, en su interpretación para la mayoría de la doctrina, es económico y no afectivo.

Para aportar mayor claridad a esta cuestión habría que señalar que, desde el punto de vista económico, los objetos pueden tener o no valor patrimonial. Si tienen valor económico, pueden, a su vez, entrar en el comercio y tener precio, que surge de la oferta y la demanda.

En el Código Civil, la noción de bien está estrechamente vinculada a este enfoque económico. Por lo tanto, si se sigue utilizando este vocablo en su sentido técnico tradicional, no podría aplicarse a los bienes ambientales, o al cuerpo, o partes del cadáver.

En relación a las cosas, se las define como los objetos materiales susceptibles de tener un valor (artículo 2311 del Código Civil). Desde el punto de vista físico, cosa es todo lo que existe; no sólo los objetos que pueden ser propiedad del hombre, sino también todo lo que en la naturaleza escapa a esta apropiación exclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. (nota al artículo 2311 del Código Civil). Desde el punto de vista jurídico, esta noción se ha circunscripto para no abarcar toda la materialidad ni la utilidad, y por ello “debemos limitar la extensión de esta palabra a todo lo que tiene un valor entre los bienes de los particulares” (nota citada). En cuanto al vocablo “patrimonio”, da lugar al distingo entre bienes patrimoniales y extrapatrimoniales. Habitualmente se considera que el patrimonio es un atributo de la persona, y está integrado por bienes, es decir, que tiene valor económico.

Estos conceptos tienen un campo de aplicación específico que deseamos mantener por su tradición y grado de conocimiento, pero también debemos agregar otras categorías que contemplen los nuevos supuestos.

7.4. Derechos

En relación a los temas que venimos considerando, conviene examinar el distingo entre derechos individuales y colectivos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló, en el precedente “Halabi”, que “la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular”. Es decir que la regla general son los derechos individuales protegidos por la Constitución y el Código Civil, lo que incluye el derecho de dominio, condominio, etcétera. En el mismo precedente “Halabi” se dijo: “los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (artículo 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos”.

En consecuencia distinguimos entre:

Derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular: se trata del patrimonio como atributo de la persona, los bienes que lo integran, y los derechos reales o creditorios.

Derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos: se refiere a aquéllos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

Derechos individuales homogéneos: en estos supuestos una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente.

Esta clasificación tiene un impacto decisivo en las normas referidas al patrimonio, contratos y responsabilidad civil.

7.5. Derecho de las comunidades indígenas

La Constitución de la Nación Argentina establece (artículo 75, inciso 17) entre las facultades del Congreso: “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 o 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”.

Este texto consagra un nuevo tipo de propiedad que debe ser recibida en el Código Civil.

Siguiendo sus lineamientos, se incorpora un texto que se ajusta a lo señalado por la doctrina mayoritaria, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de derechos reales.

7. 6. El cuerpo humano

Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones.

El problema jurídico surge cuando se advierte que el cuerpo humano y sus partes, tales como las piezas anatómicas, órganos, tejidos, células, genes, pueden ser separados, aislados, identificados, y luego trasplantados, patentados, transferidos comercialmente.

Un modo de resolver el problema es recurrir a los derechos de la personalidad. El derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo, mientras sea posible la identificación de éstas con dicha persona. La información sobre las distintas partes del cuerpo y, en especial, los genes, forman parte del derecho de la persona. Todo se incluye dentro del derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva, además, que estos derechos están fuera del comercio. No tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social.

Dentro de este modelo puede citarse el Código Civil francés (artículos 16.1, 16.5 incorporados por Ley 94-653 del 29/07/1994) que dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial, lo cual hace que sean nulos los contratos que tengan como finalidad conferirles un valor patrimonial.

Una visión completamente diferente es la que considera que es posible que el cuerpo o sus partes sean objeto de derechos patrimoniales. En este esquema, es posible separar elementos que se califican como “cosas”, que tienen un precio y pueden ser patentados, transferidos y sometidos al comercio dentro de ciertos límites.

Esta concepción patrimonialista plantea problemas de todo tipo. Hay problemas lógicos, porque el derecho de propiedad sobre una cosa lo tiene el titular, que es inescindible de ella; la identidad cuerpo-cosa-persona es un obstáculo difícil de superar. Hay problemas éticos, porque se afecta la dignidad humana. Hay cuestiones vinculadas a las consecuencias que produciría una decisión de este tipo sobre la organización de la sociedad y la economía misma, porque un grupo de empresas podría comercializar a gran escala partes humanas, genes, células, con todas las derivaciones, imposibles de calcular en este momento.

La abstención no es una respuesta válida porque, en ausencia de regulación, la comercialización será inevitable con sus graves consecuencias.

Tampoco se puede ignorar el progreso experimentado por la ciencia y la técnica que permite la utilización de determinadas partes del cadáver para la salvación o cura de enfermedades de otras personas, en cuyo caso esas partes del cuerpo adquieren un valor relevante para la salud y para la existencia del hombre. No son bienes en el sentido jurídico del artículo 2312 del Código Civil, ya que no son derechos personales ni derechos reales sobre cosa ajena. El tema surgió palmariamente en la problemática de los trasplantes de órganos, luego con partes mucho más minúsculas del cuerpo (muestras biológicas depositadas en biobancos, líneas celulares, células madre), pues con los adelantos de la ciencia y de la técnica, el cadáver o algunas de sus partes son utilizadas para investigación, curación, producción, etc.; así se convierten en objetos que quedan en este mundo de los vivos.

En estos supuestos, el valor que se les dé puede no ser pecuniario, sino que está configurado por el interés científico, humanitario o social que lo informa.

Se admite, pues, la categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto, a una enunciación negativa (“bienes que no tienen un valor económico” o “extrapatrimoniales”). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor

para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad.

En cuanto a los caracteres, hay demasiada variedad, lo que hace necesario remitir a la legislación especial la regulación de cada uno de los casos.

IV) LIBRO PRIMERO: Parte general

Título I: “Persona Humana”

Capítulo 1. Comienzo de la existencia

El Libro Primero se abre con la regulación de la persona humana; ella es, conforme a la doctrina judicial de la Corte Federal, la figura central del derecho. En seguimiento del Proyecto de 1998, que tanta influencia tiene en este Anteproyecto, se utiliza la denominación “persona humana” y se elimina la definición del artículo 30 del Código Civil vigente.

Es importante señalar que, dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia.

Capítulo 2. Capacidad

El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad.

De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. En este contexto, se incorpora “el adolescente” y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. También se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas.

El Anteproyecto regula expresamente la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad en lo relativo al cuidado de su propio cuerpo, siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional.

La figura de la emancipación por matrimonio se mantiene para una situación excepcional, que es la de la persona menor de edad que celebra matrimonio con autorización judicial. De este modo, se eliminan las dudas generadas en la doctrina nacional después de la sanción de la leyes 26.449 y 26.579, y se suprime la posibilidad de que personas menores de edad contraigan matrimonio sólo con la autorización de los padres.

El Anteproyecto recepta el nuevo paradigma en materia de personas con capacidad restringida por razones de padecimientos mentales, de conformidad con la ley 26.657. En primer lugar, se señala que la noción de incapacidad, en la que juega mayormente la figura de la representación, se reserva para casos extremadamente excepcionales, configurados por aquellos supuestos en los que, lamentablemente, la persona se encuentra en situación de absoluta falta de habilidad para dirigir su persona o administrar sus bienes (estado de coma permanente, padecimientos mentales profundos que impiden tomar decisión alguna, etc). El punto de partida es que existe una ley especial que regula la temática; de allí que se ha estimado que el anteproyecto sólo debe: establecer reglas generales que deben observarse en toda decisión que limite la

capacidad de ejercicio de estas personas; determinar quiénes pueden ser protegidos por estos procesos, las personas legitimadas para iniciarlos, las facultades y deberes judiciales, el régimen de la prueba; reconocer las nuevas figuras como las redes de apoyo; priorizar los aspectos personales, sociales y familiares de estas personas por sobre los patrimoniales, a los cuales el paradigma anterior recogido por el Código Civil parecía darles prioridad; fijar pautas generales para los traslados e internaciones para evitar todo tipo de abuso; sistematizar las normas sobre validez y nulidad de los actos celebrados por estas personas, según sean realizados con anterioridad o posterioridad a la inscripción de la sentencia. Por lo demás, por ser ésta una materia siempre cambiante, el anteproyecto se remite para su complementariedad a la legislación especial.

La figura de los inhabilitados se reserva para el supuesto de prodigalidad, que se regula apuntando especialmente a la protección del interés patrimonial familiar.

Capítulo 3. Derechos y actos personalísimos

Se incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad, largamente reclamado por la doctrina argentina; a ese fin se ha tomado en consideración la incorporación a la Constitución del derecho supranacional de derechos humanos, cuya reglamentación infraconstitucional debe tener lugar en el Código Civil. El Capítulo se abre con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos.

Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas. En este aspecto se ha sustituido el vocablo prácticas eugenésicas, que se ha utilizado con frecuencia en derecho, por la expresión ya citada en el texto, que ha sido aconsejada por la comunidad científica, según consultas realizadas por la Comisión.

En relación a la investigación médica experimental con seres humanos, se fijan requisitos claros y concluyentes y se reitera el principio básico en materia de bioética que el consentimiento es libremente revocable. También se prevén las directivas anticipadas. Finalmente, se establece un régimen sobre la disposición del cadáver, siguiendo los criterios de la jurisprudencia.

Capítulo 4. Nombre

Se regula el nombre, actualizando la ley 18.248 vigente, para ajustar la regulación a principios constitucionales que priorizan el derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad. En concreto, se elimina la prohibición de aplicar prenombrados extranjeros entendiéndose que, en definitiva, la elección del prenombre es una decisión de los padres en la que la injerencia del Estado debe ser lo menor posible. Se ha establecido de manera expresa la posibilidad de poner nombres indígenas, en consonancia con el respeto por las minorías y la creencia en el carácter pedagógico de la ley. Se introducen modificaciones sustanciales en el apellido de las personas casadas permitiendo a cualquiera de los dos tomar el apellido del otro, acompañado o no de la preposición "de". Con apoyo en los principios mencionados, se recepta el llamado "apellido de familia" con la limitación de que todos los hijos deben llevar el mismo apellido; ante la falta de una única solución en el derecho comparado y las críticas que cada una de ellas ha merecido, se ha optado por el azar cuando los progenitores no se ponen de acuerdo, por ser ésta la solución que mejor respeta el principio de igualdad.

También se flexibilizan las normas sobre modificación, dando importancia a la identidad en su faz dinámica, por lo que se amplían las posibilidades temporales y de legitimación.

Capítulo 5. Domicilio

El régimen del domicilio se simplifica, eliminándose la categoría del domicilio de origen. El domicilio es el lugar donde se reside habitualmente, pero quien tiene actividad profesional y económica lo tiene en el lugar donde la desempeña para las obligaciones nacidas de dicha actividad.

Capítulos 6 a 9. Ausencia. Presunción de fallecimiento. Fin de la existencia de las personas. Prueba del nacimiento, de la muerte y de la edad

Se vuelca al Código Civil el régimen de la ausencia y de la presunción de fallecimiento, actualmente regulados por la ley 14.394; se ajustan también algunas soluciones; se advierte un cambio importante en materia de matrimonio, siendo la sentencia de declaración causal de su disolución.

Las reglas en materia de prueba del nacimiento y de la muerte han sido modernizadas, eliminándose hipótesis superadas. Se dispone expresamente que, cuando exista ablación de órganos del cadáver, la determinación de la muerte queda sujeta a la legislación especial, para poner fin a discrepancias existentes.

Se regula la representación y asistencia de las personas incapaces y con capacidad restringida.

Un artículo específico regula las diferentes maneras de actuación del Ministerio Público, de modo principal y complementario, en el ámbito judicial y extrajudicial, procurando dar fin a los debates generados en torno a la interpretación y aplicación del artículo 59 del Código Civil vigente.

Capítulo 10. Representación y asistencia. Tutela y curatela

El Anteproyecto mantiene la regulación de la tutela como una institución subsidiaria, destinada a brindar protección al niño o adolescente que carece de un adulto responsable que asuma su crianza, sean los padres o guardadores. La mención al guardador obedece a que el Anteproyecto recepta la figura de la guarda por un tercero, sea por delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los padres, o por disposición judicial. En este contexto, el guardador puede ser investido con las funciones que se regulan en este Título para el tutor u otra persona diferente a aquél. Esta coordinación de la figura de la tutela con la del guardador queda expresamente establecida en la disposición que inaugura el Título sobre tutela.

La definición de tutela también se modifica subrayando que se trata de una figura tendiente a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plena capacidad civil.

Se escuchan las voces doctrinales y jurisprudenciales que critican que la tutela sea necesariamente unipersonal. Si se trata de una figura que reemplaza las funciones que se derivan de la responsabilidad parental y ésta, en principio y en beneficio del niño, es ejercida por dos personas, la tutela debe seguir este mismo lineamiento, pudiendo ser ejercida de manera conjunta por dos personas.

Se mantiene la posibilidad de que los padres designen al tutor de sus hijos. En este marco, se deroga el trato discriminatorio de la legislación vigente entre padre y madre en los supuestos de posterior matrimonio de la madre.

A los fines de compatibilizar la guarda con la tutela, se dispone que si los padres han delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del tercero.

Los padres pueden elegir, pero no pueden eximir al tutor de hacer inventario, ni autorizarlo a recibir bienes sin cumplir ese requisito, ni liberarlo de rendir cuentas.

Se deroga la tutela legal; el discernimiento de la tutela es siempre judicial, y cualquier persona (pariente o no) puede estar en condiciones de cumplir el rol de tutor; carece, pues, de todo sentido práctico, que la ley, en abstracto y *a priori*, realice una enumeración. Los parientes más cercanos no son siempre las personas más adecuadas para el cuidado de un niño o adolescente, sea porque hay otras personas con un vínculo afectivo más sólido, sea por problemas relativos a la edad, la salud, la situación laboral, por lo cual, es mejor que el juez evalúe, sin condicionamientos, qué es lo más beneficioso para el niño o adolescente en cada situación concreta.

Se mejora la redacción sobre las personas inhabilitadas o excluidas para ejercer el cargo de tutor y se incorporan excepciones a la regla de que no se puede ser tutor de más de una persona.

El Anteproyecto introduce varias modificaciones y ampliaciones a la tutela especial. En primer término, se regula el supuesto de conflicto de intereses entre los representados y sus representantes, especificándose que cuando el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir incluso que no es necesaria la designación de un tutor especial. En la misma línea, se regula el supuesto de conflicto de intereses entre diversos representados de un mismo representante.

Se agrega como supuesto particular la designación de tutor especial cuando existan razones de urgencia y hasta tanto se tramite la designación del tutor definitivo.

Se introducen algunas modificaciones al proceso para el discernimiento de la tutela; así, por ejemplo, es juez competente el del lugar en el cual el niño o adolescente tiene su centro de vida, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 3º de la ley 26.061 y jurisprudencia consolidada.

Se establece expresamente que los actos realizados por el tutor con anterioridad al discernimiento judicial de la tutela son válidos siempre que beneficien al niño o adolescente.

Se dispone que quien ejerce la tutela es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de la actuación personal del propio tutelado en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.

Se pone énfasis en la responsabilidad del tutor por los daños causados por el incumplimiento de su función.

Se enumeran los actos que el tutor no puede realizar ni con autorización judicial y los que requieren de la correspondiente autorización judicial.

Se amplían las facultades judiciales para autorizar inversiones seguras con los fondos del pupilo, una vez cubiertos los gastos de la tutela.

También se regula lo relativo a la rendición de cuentas, actividad que debe ser cumplida en forma anual. En este sentido, se mantiene el criterio seguido por el Proyecto de 1998. Atento a que se incorpora la posibilidad del ejercicio conjunto de la tutela por dos personas, la obligación de rendición de cuentas se establece en forma individual y, por ende, su aprobación sólo libera a quien da cumplimiento a esta obligación.

Se enumeran las diferentes causas de terminación de la tutela. Ante la posibilidad de ejercicio conjunto de la tutela por dos personas, se adecúa la normativa a esta situación y, por ende, sólo la muerte de ambas personas hace terminar la tutela en forma total; de lo contrario, la tutela queda en cabeza del otro, excepto que el juez estime conveniente su cese, por motivos fundados.

Se prevén causales de suspensión provisoria durante la sustanciación de la remoción definitiva. Esta novedad, tomada del Código Civil español, se funda en la necesidad de evitar que la dilación en la sustitución o cambio de tutor perjudique al niño o adolescente.

Respecto de la curatela, el Anteproyecto sigue la tendencia tradicional que manda aplicar supletoriamente las reglas relativas a la tutela, en cuanto sea compatible; tiene en cuenta, esencialmente, las modificaciones sustanciales que se receptan en torno a la noción de incapacidad y capacidad restringida de las personas afectadas en su salud mental.

En consonancia con este tipo de figuras de carácter protectorio, se dispone que la principal función del curador es la de cuidar la persona y los bienes del incapaz o con capacidad restringida, y tratar de que recupere su salud. A tal fin, se establece que las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas para tal recuperación.

Se introducen modificaciones importantes respecto a quien puede ejercer esta función: se establece que es la propia persona quien puede designar, mediante una directiva anticipada, la persona o personas que ejerzan su curatela ante una eventual

afectación a su salud mental. A falta de previsiones, el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud.

Por último, se mejora la regulación del supuesto especial de que la persona protegida tenga hijos. En este caso, el curador de la persona incapaz o con capacidad restringida, es tutor de los hijos menores de éste. Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales. De este modo, el Anteproyecto coordina y compatibiliza la posibilidad de coexistencia de diferentes figuras, como la de curador, tutor y guardador.

Título II: “Persona jurídica”

Capítulo 1. Parte general

Los artículos proyectados ingresan en el Título II (“De la persona jurídica”) del Libro Primero, con un Capítulo dedicado a la Parte General en el cual se incluyen Secciones sobre la personalidad, composición, clasificación y ley aplicable, que se completa con el desarrollo de las personas jurídicas privadas.

La experiencia argentina no evidencia insuficiencia de posibilidades asociativas, sea bajo formas jurídicas personificadas o no. En tal convencimiento se considera conveniente evitar una formulación de carácter residual para establecer que todas las personas jurídicas que no son públicas son privadas, lo cual, en concordancia con la fuerza jurídica de la voluntad en una materia tan delicada y trascendente como el nacimiento de la personalidad jurídica, sugiere precisamente la posibilidad de una suerte de persona jurídica innominada, uni o plurimembre, por fuera de aquéllas tipificadas.

Se entiende más prudente aventar una inteligencia extensiva de cuáles pueden ser las personas jurídicas privadas, estimando por el contrario que la legislación especial en vigor - adicionada con la regulación en el Código proyectado de las asociaciones civiles y las simples asociaciones (a lo que se agregan las fundaciones) - provee una suficiente variedad de figuras y constituye, por lo tanto, una razonable reglamentación de la garantía constitucional de asociarse con fines útiles. De ahí la preferencia por una enumeración de las personas jurídicas privadas basada en la legislación especial pero que debe dejarse abierta, ya que la personalidad jurídica es conferida por el legislador como un recurso técnico según variables circunstancias de conveniencia o necesidad que inspiran la política legislativa y, por consiguiente, otras normas legales pueden crear figuras que amplíen el catálogo de las existentes.

La regulación de las personas jurídicas en la parte general de un código civil y comercial unificado se circunscribe a la finalidad de establecer un sistema también general, aplicable a todas las personas jurídicas. Sin embargo, esta puridad dogmática debe ceder a la conveniencia de incorporar las regulaciones de las asociaciones civiles, las simples asociaciones y también las fundaciones.

Se establecen en esta parte los ejes de un sistema general de la persona jurídica y de otros propios de una parte general sobre personas jurídicas privadas.

Se incluye la definición de la persona jurídica y cómo se atribuye la personalidad y el claro principio de separación o de la personalidad diferenciada con respecto a la de los miembros de la persona jurídica.

Es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta, excepto en la medida en que en determinados supuestos la ley lo determine. Esta ley puede tanto ser la ley especial como la ley general de concursos y quiebras. Además, en el Código se contemplan otros casos de desplazamiento del principio general, a fin de tutelar situaciones especiales como las de ciertas clases de acreedores involuntarios o manifiestamente desprovistos de cualquier poder negocial que les hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías. Con ello debe preverse la posibilidad de sancionar en el plano patrimonial conductas de indebida traslación del riesgo empresarial a terceros “débiles” o que, por las circunstancias mismas del nacimiento de su derecho, no han contado con posibilidades previas de defenderse. También se prevén supuestos de responsabilidad por apariencia creada, como cuando determinados miembros de una persona jurídica difunden o permiten que se difunda su nombre o se utilice cualquier medio idóneo para inducir una creencia generalizada en la solvencia de la entidad, basada en el supuesto respaldo patrimonial con que ella contaría.

Rige además la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etcétera, de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación. En la actualidad este instituto se halla expresamente contemplado en la ley 19.550 de sociedades comerciales (artículo 54, tercer párrafo) bajo el rótulo “inoponibilidad de la personalidad jurídica”. Debe hacérselo extensivo a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad, tanto genérica como en la posterior dinámica funcional, constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la personalidad, que son susceptibles de producirse en

cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general.

No pasa desapercibido que, tratándose de la formulación de un código de derecho privado, podría prescindirse de la referencia a personas jurídicas públicas. No obstante la mención de ellas, a la cual se limita lo proyectado (la regulación en sí es propia del derecho público nacional e internacional), tiene su tradición en el Código Civil vigente y por otra parte se hacen diversas referencias a ellas, principalmente al Estado nacional, las provincias y los municipios, en otras de sus partes y será sin duda necesario repetirlo en alguna medida en el texto en proyecto. Por esas razones, se considera apropiada la enumeración, en parte como consta en el código vigente pero agregando otras, como personas jurídicas de derecho internacional público. Asimismo, la referencia a partir del Proyecto de 1998 a “las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter”, sirve para contemplar a las empresas del Estado y también a las denominadas personas jurídicas públicas no estatales, regidas por leyes especiales (como los partidos políticos, las asociaciones sindicales y diversas entidades profesionales).

Se establece un orden de prelación en la aplicación a las personas jurídicas privadas de principios y normativas, lo que viene requerido en virtud de la existencia de diversos ordenamientos especiales y la fuerza jurídica de la voluntad de sus miembros en la creación y funcionamiento de las personas jurídicas.

La regulación de los atributos y efectos de la personalidad jurídica, entre ellos el nombre – cuya importancia ante la complejidad de las relaciones sociales amerita algún grado de detalle en la regulación - el domicilio y la sede social, el objeto como determinante de la capacidad de derecho de la persona, y el patrimonio y su función no sólo de garantía de los derechos de terceros, sino de aptitud para el cumplimiento del objeto de la persona jurídica, generalizando en este sentido un criterio sentado por la legislación vigente sobre fundaciones y captando la jurisprudencia del fuero comercial de esta Capital desarrollada en torno a este tema.

La fuerza jurídica de la voluntad en la creación de las personas jurídicas privadas dentro del marco de las formas admitidas, adopta como principio que, excepto disposición en contrario, la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades.

La trascendencia de la prerrogativa de crear sujetos y separar patrimonios dada a los particulares justifica diseñar un control con suficiente amplitud. Su importancia tampoco puede ser desconocida en el plano sociológico, ya que es común la creencia en

el medio social de que lo que ha sido inscripto en un registro público es válido y por eso se lo inscribió. Empero el control de legalidad debe ser separado de aquél de oportunidad, mérito o conveniencia que puede ser ejercido en la creación y funcionamiento de determinadas personas jurídicas cuyo objeto o forma de operar (por ejemplo, recurriendo al ahorro público) tienen repercusión sobre intereses públicos o generales de la comunidad.

La normativa general incluye otras normas comunes a cualquier tipo de persona jurídica, relativas a sus órganos de gobierno, administración, representación y fiscalización interna, derechos individuales e inderogables de los miembros, causales de extinción o disolución y procedimiento de liquidación.

Capítulo 2. Asociaciones civiles

El asociacionismo crece en el mundo y es importante determinar cuáles son las exigencias básicas de estas figuras legales a los fines de dar transparencia a su constitución y permitir el pleno ejercicio de las múltiples actividades a que pueden dar lugar. Son así relevantes las condiciones en cuanto a objetivos, regulación interna y disolución, particularmente que se determine el destino de los bienes en caso de disolución. Si bien se han dictado normas específicas para cierto tipo de asociaciones (por ejemplo, las mutuales con la ley 20.321 y las cooperativas, con la ley 20.337), se hace imprescindible incluir en el Código un criterio general y básico para que los particulares puedan asociarse solidariamente y coparticipen en el cumplimiento de fines cada vez más variados. La experiencia en el país es vasta y, justamente por ello, requiere de seguridad jurídica que se desprenda de la regulación.

Las asociaciones civiles se caracterizan como personas jurídicas privadas que se constituyen con un objeto de interés y utilidad general para la comunidad, del que también participan y se benefician sus miembros. Requieren indispensablemente del aporte y sostenimiento de todos o parte de sus socios. No pueden ser la principal fuente de sus recursos la asistencia económica que reciban del Estado ni los aranceles que perciban por servicios específicos que presten a los socios, los cuales también deben ser efectivamente accesibles en igualdad de condiciones a la comunidad en general.

Su existencia comienza con el acuerdo constitutivo otorgado en la forma escrita prescripta y, según sean asociaciones civiles o simples asociaciones (más flexibles, con menores controles y mayores responsabilidades para sus miembros), requieren o no autorización estatal para funcionar. Pero con el anteproyecto, tienen reconocimiento como personas jurídicas.

El punto determinante de su conformación es que no pueden perseguir fines de lucro ni distribuir bienes o dinero entre sus miembros durante su funcionamiento ni en la liquidación. Si para el cumplimiento de su objeto realizan actividades por las que obtienen algún resultado económico positivo, éste debe aplicarse a la prosecución, incremento o perfeccionamiento del desarrollo de aquél.

Capítulo 3. Fundaciones

Las fundaciones están reguladas por la ley 19.836 pero no pueden estar ausentes del Código civil que sólo las menciona en el artículo 33 como personas jurídicas de carácter privado. En consecuencia, la Comisión proyectó una introducción de la temática a través de un articulado basado en el texto de la citada ley. Ello indica que para el Código todo es nuevo pero no es novedad para el sistema jurídico argentino.

Título III: Bienes

Capítulo 1. Los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva

El Título de los bienes se incluye en la parte general en el que se legisla sobre los elementos de los derechos: sujeto, objeto y causa. Se innova respecto del Código Civil actual en el que la temática se circunscribe a las cosas, por lo cual se encuentra ubicada en el Libro de los derechos reales, como elemento del derecho real y no de todo derecho como lo es en realidad, más aún cuando este Anteproyecto no trata sólo de las cosas sino de los bienes, de percepción y contenido más amplio, que excede largamente el criterio patrimonialista.

De ahí que el primer Capítulo se dedica a los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, aspecto que constituye una ampliación novedosa.

Comienza en la Sección 1ª con el tratamiento clásico de las cosas. En este punto, aparte de eliminar algunas categorías como los inmuebles por accesión moral, se hace una modificación en los conceptos de cosas fungibles y consumibles.

De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, bienes fungibles son: *“Los muebles de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin consumirlos y aquellos en reemplazo de los cuales se admite legalmente otro tanto de igual calidad.”* Es decir que hay parcial superposición de conceptos con las cosas consumibles. En general en el derecho se consideran los bienes fungibles en dos sentidos: como aquéllos que no se pueden usar conforme a su naturaleza si no se acaban o consumen, y como aquéllos que tienen el mismo poder liberatorio, es decir, que se miran como equivalentes para extinguir obligaciones. En oposición a esto, las cosas no fungibles son aquéllas que

no tienen poder liberatorio equivalente porque poseen características propias y, por consiguiente, no pueden ser intercambiables por otras.

En definitiva, se quita una de las acepciones de cosas fungibles y se las deja solamente como aquéllas que pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad. La fungibilidad, entonces, involucra poder de sustitución.

La Sección 2ª se refiere a los bienes con relación a las personas con nociones similares al Código Civil.

La Sección 3ª trata de los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva donde se innova en gran medida respecto de proyectos anteriores y de otros códigos.

En tanto, conforme al Título Preliminar, se reconocen derechos individuales que recaen sobre bienes que integran el patrimonio y derechos de incidencia colectiva que son indivisibles y de uso común.—Para ser coherente con ese principio, el Anteproyecto introduce reglas mínimas relativas al ejercicio de los derechos sobre ciertos bienes privados o públicos o colectivos en relación a los derechos de incidencia colectiva al incorporar limitaciones y presupuestos mínimos de protección ambiental, de acceso a la información medioambiental y a la participación en las discusiones sobre decisiones medioambientales. Además se establece el derecho fundamental de acceso al agua potable.

Capítulo 2. Función de garantía

La función de garantía del patrimonio no está prevista de manera expresa en el código vigente, si bien surge del juego armónico de múltiples reglas e instituciones. Por ello, en consonancia con el Proyecto de 1998, se ha considerado conveniente preverla expresamente; y así se hace en el Capítulo 2.

Capítulo 3. Vivienda

El derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto: (a) se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges; (b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye

la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; c) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; (d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación; (e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, los cuales son: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios, etcétera.

Título IV: “Hechos y actos jurídicos”

Capítulo 1. Disposiciones generales

El Anteproyecto, como en la restantes materias, contiene una teoría general de los hechos y actos jurídicos; se mantiene en una constante tradición nacional (artículo 896 del Código Civil; artículo 139 del Anteproyecto de 1954; artículo 572 del Proyecto de 1993 y artículo 247 del Proyecto de 1998) y conserva la definición del hecho jurídico como texto legal, aunque mejorando la vigente con la sustitución del criterio referido a que el hecho es “susceptible de producir” efectos jurídicos por el de efectivamente producirlos.

Ello está incluido en el Capítulo 1 referido a las disposiciones generales, junto con los conceptos de simple acto lícito, acto jurídico, acto voluntario y acto involuntario.

Capítulos 2, 3 y 4. Error, dolo y violencia como vicios de la voluntad

A diferencia de los Proyectos de 1993 y de 1998, se ha decidido preservar la metodología seguida por Vélez Sarsfield en orden a la regulación de los “vicios de la voluntad”. En consecuencia, se dedican sendos capítulos al error, al dolo y a la violencia.

Se mantiene la necesidad de que el error sea esencial y se prescinde del requisito de la excusabilidad. Tratándose de actos bilaterales o unilaterales recepticios, el esquema de la excusabilidad se traslada – para tutela de la confianza – del que yerra hacia el destinatario de la declaración: se requiere, por ello, la reconocibilidad (artículo 1428 del Código Civil italiano).

En la caracterización del dolo, se sigue el criterio del Código Civil –que prescinde de vincular al dolo con el error provocado – pues se estima que las maquinaciones pueden afectar zonas contiguas aunque diversas a la intención, como la libertad de quien emite la declaración. El dolo es determinante o no de la “voluntad” y no sólo del “consentimiento” por cuanto el vicio del dolo afecta también a los negocios unilaterales.

En cuanto a la violencia, se mantienen los criterios del Código Civil y del Proyecto de 1998 en cuanto a la irresistibilidad de la fuerza que se ejerce y la inminencia y gravedad del mal que se teme sufrir, necesarios para causar la nulidad del acto.

Capítulo 5. Actos jurídicos

El Capítulo 5 con sus diversas secciones, está dedicado al acto jurídico.

Comienza con el objeto del acto que se proyecta en la Sección 1ª con sólo dos artículos, el primero caracteriza al objeto y el segundo dispone la convalidación cuando un objeto inicialmente imposible se hace posible antes del vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición a que estuviera sujeto.

La Sección 2ª legisla la causa en tres artículos.

El concepto encuentra su fuente en el artículo 953 bis del Proyecto de 1993 (CF). Aunque la labor jurisprudencial no ha sido copiosa sobre el tema, la acepción subjetiva de la causa ha sido admitida en muchas sentencias, mientras que en otras se alude a la causa como finalidad abstracta del negocio.

Así, la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. Cuando se trata de los motivos, se elevan a la categoría de causa aquéllos que se hayan incorporado expresa o tácitamente, si son esenciales para ambas partes.

Se mantiene la regulación vigente en orden a la presunción de causa, falsa causa y causa ilícita, aunque, ahora, adecuadamente emplazada en la regulación de los “actos jurídicos”.

La fórmula sobre el acto abstracto encuentra su fuente en el Proyecto de 1998 (artículo 258). El texto preserva el principio de libertad de formas vigente en nuestro artículo 974 del Código Civil. Resulta concordante además, con las siguientes soluciones proyectadas: Anteproyecto Bibiloni (artículo 274); Proyecto de 1936 (artículo 159); Anteproyecto de 1954 (artículo 163); Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 586) y Proyecto 1998 (artículo 260).

En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente, cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios.

Se actualiza el criterio para considerar la expresión escrita a fin de incluir toda clase de soportes, aunque su lectura exija medios técnicos, recogiendo al efecto la solución del Proyecto de 1998 (artículo 263, parte final), que permite recibir el impacto de las nuevas tecnologías.

En lo tocante a instrumentos particulares, se adopta también la solución del Proyecto de 1998, expresada en los arts. 264 y 265. Sin embargo, se ha preferido unificar su tratamiento en un solo texto, que principia por la figura más general del “instrumento particular”. La distinción entre “instrumentos particulares” e “instrumentos privados”, se reconoce en el Código Civil, como lo admite pacíficamente nuestra doctrina. La norma proyectada tiene sus antecedentes en el Proyecto de 1987 (artículo 978), y especialmente por su amplitud, en el Proyecto 1998 (arts. 264 y 265).

En cuanto a la firma, su efecto propio es la asunción del texto, es decir de la declaración de voluntad, tal como se proyecta. Se agrega un párrafo referido a los instrumentos generados por medios electrónicos que ya figura en el Proyecto de 1998 y que está en consonancia con la ley 25.506 de firma electrónica, de acuerdo al cual –si bien luego se consignan excepciones- *“cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”*.

Se dedica la Sección 4ª a los instrumentos públicos, tema sobre el cual existen múltiples discusiones doctrinales. Se entiende que la instrumentación de los actos en el Código Civil vigente sólo admite las variantes de instrumentos públicos, instrumentos privados e instrumentos particulares no firmados, mas esta diferencia surge exclusivamente de la instrumentación, no de los actos de los cuales emana, lo cual ha sido cuestionado por la doctrina.

Se ha criticado que el Código incluye, en la extensa enumeración del artículo 979, un conjunto de instrumentos, que pueden ser agrupados del siguiente modo:

a.- Los que refieren, sin describir el supuesto de hecho que los configura, como actos en los cuales intervienen particulares y un funcionario público, o agentes investidos de

funciones públicas: el caso de las escrituras públicas, las otorgadas por otros funcionarios, actas judiciales, y los asientos de los matrimonios.

b.- Los que refieren a instrumentos emanados de funcionarios públicos de modo unilateral, o sea sin intervención de particulares: asientos de corredores, letras aceptadas por el gobierno o sus delegados, billetes u otros títulos de crédito emitidos por el tesoro público, cuentas sacadas de los libros fiscales, inscripciones de la deuda pública, acciones de compañías, billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos.

La doctrina especializada ha separado conceptualmente dos especies de instrumentos públicos:

a.- Instrumentos oficiales, que son todos aquellos originados por funcionarios públicos, y que tienen un valor superior al de los instrumentos regulados por el Código Civil, ya que son originados por órganos del Poder Público. Estos instrumentos generan una presunción de legitimidad y legalidad que invierte la carga de la prueba, pero admiten simple prueba en contrario. Tal es el caso de la moneda, decretos, órdenes, etc. Son instrumentos oficiales, con prescindencia de su contenido. En sentido estricto, su regulación jurídica pertenece al Derecho Público, y sólo es aplicable el Código Civil de modo residual, debido a que todavía no ha sido dictado un Código de Derecho Público, tal cual la doctrina especializada ha destacado.

b.- Instrumentos públicos en sentido estricto, expresión que debe remitir específicamente al ámbito de la normativa civil. En este ámbito, la expresión instrumento público refiere a aquellos instrumentos que devienen de la actuación de agentes a cargo de funciones públicas, cuya competencia material esté asignada por ley formal, siempre y cuando dichos instrumentos consten de documentos matrices elaborados conforme rigurosos procedimientos garantistas (respecto a los ciudadanos): comprobación de identidad, capacidad, legitimación; adecuación de la voluntad que define el objeto y la causa del acto, no solo para cerciorarse de su congruencia, sino de la expresión técnica correspondiente; presencia en el acto, para garantizar la legalidad, certeza acerca de la comprensión y alcances de las declaraciones, y de la libertad y autonomía para expresarla; fijación coetánea con lo sucedido, modo adicional de garantizar la precisión y certeza inherentes a esta clase de actos; conservación, guarda, archivo ordenado y protección de los instrumentos matrices para permitir en todo momento la auditabilidad, verificación y consulta.

Sin ignorar estos desarrollos, se mantienen criterios más tradicionales, en tanto a los fines de la legislación no son necesarias ni convenientes tales diferenciaciones.

En consecuencia, entre los instrumentos públicos, en primer lugar se incluyen las escrituras públicas y las copias o testimonios. La Comisión ha optado por la sinonimia entre estos dos vocablos, como modo de terminar con la polémica entre la palabra copia que consignan las leyes notariales y que el Código Civil actualmente vigente utiliza al referirse a esta clase de reproducciones, y la palabra testimonio que es la utilizada en la práctica forense y notarial.

Luego, se incluyen no sólo los instrumentos que extienden los escribanos sino también aquéllos extendidos por los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes y asimismo los títulos emitidos por el Estado nacional o provincial conforme a las leyes que autorizan su emisión. Estos títulos son instrumentos oficiales que emanan de funcionarios y, aunque conforme con la doctrina el contenido de estos documentos no es propio de la fe pública, por su jerarquía gozan de una presunción de legitimidad y de autenticidad que los habilita para quedar incluidos en este cuerpo legal como instrumentos públicos.

Se determinan los requisitos del instrumento y las prohibiciones para el funcionario, quien debe ser competente y estar en el lugar de su habilitación. No obstante, se consagran facilidades o excepciones a favor de la apariencia en pro de los usuarios del sistema, además de la conversión del instrumento como privado si así pudiese valer.

Siguiendo normativas generales, se indica cuál es la suficiente habilidad para ser testigo.

La eficacia probatoria del instrumento constituye un punto relevante en el que se sigue, con mejor redacción, los artículos 993 y 994 del Código Civil vigente en los términos del Proyecto de 1998.

Se consagra también la incolumidad formal del instrumento público.

En cuanto a la inoponibilidad con respecto a terceros, también se sigue el Proyecto de 1998 que es coherente con las soluciones proyectadas en materia de oponibilidad e inoponibilidad de los actos jurídicos.

En la Sección 5ª se siguen criterios conocidos.

Referente a los requisitos de la documentación, se indica que la expresión compareciente, que es propia del lenguaje notarial, abarca a las partes, testigos, cónyuges u otros intervinientes en el acto.

También se agrega la frase *“debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente”* por los siguientes motivos: (i) la intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular, ha sido impuesta por la ley para

acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica, y sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detenten interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) 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*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones; (v) esta estructura jurídica no es solo predicable respecto a la actividad notarial: es aplicable a la actividad documentadora de los jueces y de otros funcionarios que están investidos de la facultad de intervenir en actos públicos (matrimonio, registradores inmobiliarios, de buques, aeronaves, automotores, etc.).

Respecto del idioma, se sigue, en líneas generales, lo propuesto por el Proyecto de 1998 (artículos 278 y 279), que buscaba mejorar el vigente artículo 999 del Código Civil. Sin embargo, se ha suprimido el caso en el cual el escribano conoce el idioma, para evitar las imprecisiones sobre los alcances de tal conocimiento.

Se establece la exigencia de traducción del documento a ser protocolizado, para evitar la inserción de textos que puedan contener actos contrarios al ordenamiento, que puedan beneficiarse de una apariencia de legalidad que no sea inherente a su naturaleza.

En cuanto al contenido de la escritura, se siguen los lineamientos del Proyecto de 1998, mejorando el artículo 1001 del Código Civil vigente. Similar criterio se continúa en el resto del tema, sin mayores modificaciones.

Finaliza la sección con las actas, que no contienen actos jurídicos, sino que tienen por objeto la comprobación de hechos.

La Sección 6ª se dedica a los instrumentos particulares.

Son instrumentos particulares los que ostentan la firma de su otorgante o, en su caso, los pertinentes sustitutivos. Siempre que el otorgante no sabe firmar es conveniente incluir su impresión digital a los fines de su mejor individualización.

En cuanto a los documentos firmados en blanco, si fuera sustraído contra la voluntad de la persona que lo guarda, el contenido del instrumento no podrá oponerse al firmante excepto por los terceros que acrediten su buena fe si hubieran adquirido derechos a título oneroso con base en el instrumento.

Esta solución, contrasta con el vigente artículo 1019, última parte, seguida por el Proyecto de 1987 (artículo 1015, segundo párrafo), del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 612) y del Proyecto de 1998 (artículo 291). El texto ha sido tomado del Anteproyecto de 1954 (artículo 276, párrafo 2º) y persigue una adecuada y razonable tutela de la apariencia y del tráfico jurídico. Se ha computado que la sola puesta en circulación de un documento firmado en blanco supone exponerse a una serie de riesgos, incluido el de la sustracción, que en muchos casos podrá tener origen en el comportamiento negligente del tenedor. Además, la solución que se propone supone desalentar este tipo de prácticas, inconvenientes para la transparencia y la seguridad del tráfico.

Respecto de las enmiendas, se sigue el texto del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 614) y del Proyecto de 1998 (artículo 293) y se proyecta otorgando facultades al juez para determinar en qué medida el defecto excluye o reduce la fuerza probatoria del instrumento. Con ello se morigerará la solución del Código de Comercio (artículo 211) en cuanto declara no admisibles a *“los documentos de contratos de comercio en que haya blancos, raspaduras o enmiendas que no estén salvadas por los contrayentes bajo su firma”*.

En cuanto a la fecha cierta, no se detallan los hechos relevantes a estos fines como lo hace el artículo 1035 del Código Civil, por ser una enumeración meramente enunciativa.

La Sección 7ª está dedicada a la contabilidad y estados contables. La Comisión tomó como base el Proyecto de 1998 y otros anteriores, mas consideró adecuado optimizar y actualizar el tema.

Los contenidos básicos son los siguientes:

a) Se extiende la obligación del llevado de contabilidad a todas las personas, sean humanas o jurídicas, que desarrollen una actividad económica o sean titulares de empresas.

Se exceptúa de tal obligación a las personas físicas a las que el llevado de libros pudiera resultar gravoso, tales como agricultores y profesionales no organizados en forma de empresa. Asimismo, se faculta a las jurisdicciones locales a exceptuar también a aquellas actividades cuyo volumen de giro no justifiquen el llevado de libros.

Se introduce, en favor de todas las personas, la posibilidad de llevar contabilidad legal en forma voluntaria –si así lo deciden- en un pie de igualdad respecto de los sujetos obligados.

b) En cuanto al llevado de la contabilidad, se hace hincapié en la verosimilitud de las registraciones, las que deben reflejar los hechos, instrumentos y documentos que les dan origen, sobre bases y criterios uniformes -a fin de evitar distorsiones originadas en las variaciones de los mismos- y con carácter eminentemente inclusivo de todos los actos que pudieran tener efecto sobre el patrimonio del obligado y el resultado de sus operaciones.

c) Se imponen como libros obligatorios mínimos el “Diario”, a fin de la anotación de las operaciones en orden cronológico, y el de “Inventarios y Balances”, para la anotación en forma detallada de los activos, pasivos y patrimonio neto, al comienzo de las actividades y al cierre de cada ejercicio, así como para la transcripción de los estados contables anuales. Se agrega, también con carácter de obligatorio, todo otro libro o registro que resulte necesario en función de la dimensión y características de la actividad del obligado o los que en forma especial impongan el Código u otras leyes.

d) Se prevé la posibilidad, previa autorización, del llevado de libros, registros y del archivo de la documentación de respaldo por medios alternativos hoy existentes (electrónicos, magnéticos, ópticos, etcétera) u otros que puedan crearse en el futuro. Se exceptúa de tal posibilidad al libro de “Inventarios y balances”, donde deben quedar

registradas las características de los medios alternativos solicitados, así como las autorizaciones que se confieran, debiendo los referidos medios garantizar la inalterabilidad, inviolabilidad, verosimilitud y completitud de los registros.

e) Se ha dejado a cargo de los Registros Públicos de cada jurisdicción el otorgamiento de autorizaciones para su llevado por medios alternativos.

f) En cuanto a la forma del llevado de los libros, se mantienen las normas de seguridad que hacen a la fe de sus registraciones. Se imponen en forma expresa para los libros y registros, el idioma y la moneda nacional, lo que excluye otras lenguas o unidades de medida técnicas o foráneas.

g) Se fija expresamente el lugar en que han de permanecer los libros y registros contables, lo que aventará controversias al respecto. A la vez, ese mismo lugar se constituye en aquél en que se deben llevar a cabo – en su caso - las diligencias probatorias sobre los libros y registros del obligado.

h) Se dispone que los registros han de permitir determinar al cierre de cada ejercicio la determinación del patrimonio, de su evolución y de sus resultados, estableciéndose el contenido mínimo de los estados contables anuales.

i) En cuanto a la conservación de los libros y registros se establece el plazo de diez años, el que se computará: desde el último asiento en el caso de los libros; desde la última anotación efectuada en el caso de los demás registros y desde la fecha de su emisión, en el caso de los instrumentos o documentos respaldatorios.

j) Se establecen reglas concretas acerca de la eficacia probatoria de la contabilidad, incluyéndose todas las posibilidades, tanto entre obligados a llevar contabilidad y quienes decidan hacerlo en forma voluntaria, como entre éstos y los no obligados.

k) Se sostiene el criterio general de confidencialidad, prohibiéndose las pesquisas genéricas a fin de determinar si las personas llevan o no contabilidad legal.

En resguardo de la confidencialidad, se limita el examen probatorio a las cuestiones estrictamente en debate, sin perjuicio del examen genérico del sistema contable a fin de establecer si éste es llevado de acuerdo a las prescripciones legales.

Capítulo 6. Vicios de los actos jurídicos

Referido a la normativa de la lesión, se mantiene el texto del artículo 954 del Código Civil con algunas modificaciones que incorporan la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

Se caracteriza la simulación de acuerdo al concepto del art. 955 del Código Civil por ser claro y estar suficientemente interpretado para no traer mayores dificultades en su análisis.

El texto sobre simulación lícita e ilícita, con algunos cambios, reitera las propuestas del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 640) y del Proyecto de 1998 (artículo 329), precisando además que el acto real, además de no ser ilícito ni perjudicar a un tercero, debe reunir los requisitos propios de la categoría a que pertenece (forma, capacidad, objeto, causa, etc.). Se contempla también la hipótesis de cláusulas simuladas.

La acción por simulación entre las partes reitera la solución del Código Civil vigente (artículo 959), que es la de los Proyectos de 1993 (PEN) (artículo 641) y de 1998 (artículo 330) y que tiene el respaldo de la doctrina mayoritaria (sólo se elimina el requisito de que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto por ser ello inherente a la acción de nulidad y, por lo tanto, innecesario).

El párrafo referido al principio de la necesidad de contradocumento recoge la interpretación de la doctrina y jurisprudencia posterior a la ley 17.711 y la solución de los Proyectos del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 642) y de 1998 (artículo 330).

La normativa respecto de la acción demandada por terceros y los efectos frente a los acreedores consagra la solución reconocida por la doctrina y jurisprudencia actual, la del Anteproyecto de 1954 (artículo 170) y de los proyectos de 1993 (PEN) (artículo 643) y de 1998 (artículo 331); y en cuanto a los efectos frente a terceros, el texto reitera el del correspondiente a los proyectos de 1993 (PEN) (artículo 644) y de 1.998 (artículo 332), cuya fuente es el artículo 1416 del Código Civil italiano.

En cuanto al fraude, se siguen los lineamientos del Código vigente.

Capítulo 7. Modalidades de los actos jurídicos

Mediante la inserción de este Título en la regulación de los actos jurídicos, se recogen las críticas que nuestra doctrina formulara al Código Civil, en cuanto abordó principalmente a las modalidades en ocasión de la regulación de las obligaciones. De tal forma, se sigue el criterio ya propiciado por Augusto Texeira de Freitas, de buena parte de las legislaciones comparadas – aunque no se desconoce la excepción del código civil italiano - y de los Proyectos de Reformas al Código Civil que se ocuparon de estos modos

de expresión de los actos jurídicos (entre los más recientes, el Proyecto de 1993 (PEN) y el Proyecto de 1998).

Para la regulación de la condición se propone seguir el criterio del vigente Código Civil, aunque ajustando su redacción conforme con las observaciones que hiciera la doctrina.

Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto. Las disposiciones de este Capítulo son aplicables, en cuanto fueran compatibles, a la cláusula por la cual las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados. Con esta redacción se procura diferenciar la *“condición”* como modalidad del acto jurídico, del acontecimiento o hecho condicional.

Respecto de las condiciones prohibidas se ha elegido una tipificación suficientemente abierta, a fin de evitar casuismos innecesarios (ver artículo 531 del Código Civil). Se dice que es nulo el acto sujeto a un hecho imposible, contrario a la moral y a las buenas costumbres, prohibido por el ordenamiento jurídico o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado. La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la validez de la obligación, si ella fuera pactada bajo modalidad suspensiva. Se tienen por no escritas las condiciones que afecten de modo grave la libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión, o decidir sobre su estado civil.

En orden a la nulidad de los actos jurídicos resultante de condiciones prohibidas positivas, los proyectos de reformas más recientes han preferido seguir estrictamente la doctrina del vigente artículo 530. En tal sentido se ha propugnado la nulidad del *“...acto cuya eficacia se hubiese supeditado a un hecho imposible, contrario a la moral o a las buenas costumbres o prohibido por las leyes”* (artículo 954 del Proyecto de 1993 (PEN) y artículo 341 del Proyecto de 1998).

La Comisión ha seguido estos antecedentes que no recibieron objeciones y consideró innecesario innovar

Respecto de la inejecución de la condición, aunque se sigue la doctrina del artículo 538 del Código Civil vigente, se mejora su redacción, siguiendo para ello, al Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 655) y al Proyecto de 1998 (artículo 342). Se busca sancionar la *“mala fe”* de quien impide ejecutarla. La norma resulta particularmente concordante con la regulación de la *“teoría general del contrato”*.

Se ha decidido sustituir el criterio general expresado en el artículo 543 del Código Civil, estableciendo que la condición no opera retroactivamente. Sin embargo, para valorar el verdadero alcance de la solución que se propone, no puede omitirse que el radio de acción del efecto retroactivo se encuentra severamente reducido en el Código Civil vigente, además de habersele atribuido incidencia en áreas en las cuales se logra por aplicación de otras normas. Aunque el texto se aparta de la posición sustentada en los más recientes proyectos de reformas al Código Civil (V. g., el Proyecto de 1993 (PEN) y el Proyecto de 1998), no puede soslayarse que el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 siguieron el criterio que se propone, al igual que la mayoría de los ordenamientos comparados. A través de la norma proyectada, se resguarda mejor la seguridad del tráfico jurídico.

En cuanto a la condición pendiente, se recibe la doctrina del artículo 546 del Código Civil vigente, aunque se ha elegido una fórmula más cuidada que sigue los trazos del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (Academia de Pavía), ya que el interesado puede resguardarse mediante medidas conservatorias. Se proyecta extender dicha tutela a los adquirentes de derechos sujetos a condición resolutoria. Al respecto Bibiloni ha dicho que *“...también en la condición resolutoria existen derechos eventuales subordinados a su realización, que pueden exigir medidas de protección”* (nota al artículo 340). Finalmente se regulan los efectos de los actos de disposición del adquirente, en concordancia con el Proyecto de 1993 (PEN).

La norma propuesta respecto del cumplimiento de la condición reconoce sus antecedentes en el Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 657) y en el Proyecto de 1998 (artículo 344). Sin embargo, la solución ha debido armonizarse con el principio de irretroactividad que se aplica - como regla - a la “condición”.

La Sección 2ª se dedica al plazo.

El Código Civil vigente se ocupa de los plazos convencionales en el Título VI de la Sección I del Libro Segundo (arts. 566 a 573); en el Capítulo III del Título XVI del mismo Libro (arts. 750 a 755) y en diferentes normas especiales de la Sección III del Libro Segundo relativo a los contratos. Y en la recapitulación normativa no puede omitirse la relevante incidencia del régimen de la mora emergente del artículo 509 del Código Civil, luego de la reforma de la ley 17.711. Existe consenso en la doctrina argentina en denunciar la incorrección metodológica del Código Civil al no haber regulado al plazo como modalidad de los actos jurídicos.

Siguiéndose en esta materia al Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 569) y al Proyecto de 1998 (artículo 346), se ha preferido no ingresar en la caracterización de las diferentes especies de plazos, más afín a la labor de la doctrina. Sin perjuicio de ello, será menester tratar de sus efectos en ocasión del régimen de la mora y de las normas relativas al tiempo de pago de las obligaciones, entre otros ámbitos.

Respecto del beneficiario del plazo, se propone modificar la solución vigente (artículo 570 del Código Civil), siguiendo la orientación predominante del derecho comparado (v. g., artículo 1184 del Código Civil italiano). Es el criterio adoptado también por el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 660). En consecuencia, el plazo se presume establecido en beneficio del obligado.

Pero se mantiene la solución incorporada por la reforma de la ley 17.711 al artículo 571 del Código Civil, que superó la contradicción con el vigente artículo 791. En consecuencia se dispone que el obligado que cumple o restituye antes del plazo no puede repetir lo pagado.

La Sección 3ª se refiere al cargo.

Se preserva la doctrina de los artículos 558 y 560 del Código Civil vigente, estableciendo que el cargo no implica condición ni impide los efectos del acto, aunque recurriendo a la fórmula utilizada por el Proyecto de 1998. En cuanto al plazo de ejecución del cargo, se recurre a la necesaria coordinación con las especies de plazo y el régimen de la mora, y con el plazo general de prescripción.

La obligación de cumplir el cargo es transmisible a menos que sólo pueda ser ejecutado por quien se obligó inicialmente a cumplirlo, con lo cual se recepta expresamente una solución aceptada en la doctrina y consagrada en el *Esboço* de Freitas, cuyo artículo 663 dispone: *“Si los cargos no fueren de tal calidad, que sólo por el adquirente gravado puedan ser cumplidos, los bienes serán trasmisibles entre vivos y por sucesión hereditaria, y con ellos se traspasará la obligación de cumplir los cargos”*.

Capítulo 8. De la representación

Vélez no desconocía el instituto de la representación, como se desprende no solamente de las normas específicas sino de otras generales y dispersas. Así, se refiere a la representación de las personas incapaces, de las personas jurídicas; y en materia de mandato, apunta específicamente al tema en su artículo 1929; pero el Código no contiene una teoría de general de la representación, al igual que otros de su época.

Los códigos modernos, en general, separan convenientemente la representación, del contrato de mandato. Así se hace en el más reciente de los proyectos nacionales, el de 1998, en cuyos fundamentos se dice haber seguido los lineamientos del Proyecto de 1987. Se han tenido muy en cuenta esos antecedentes, pero también los más actuales en el campo del derecho comparado que presentan los Principios de UNIDROIT, el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (Academia de Pavía), y los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (comisión dirigida por Lando y Beale), sin olvidar el *common law* con su instituto de la *agency*, por sus interesantes aportes.

Dadas las características especiales que presentan, y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones que aquí se proyectan, en general y sobre la representación voluntaria, se formula específica remisión a las disposiciones sobre la representación legal de los incapaces, y las que se estiman pertinentes para las personas jurídicas y las sociedades en especial, que contemplan la denominada representación orgánica.

Corresponde aclarar, y tal como se desprende de los textos proyectados, que la única representación verdadera y propia exige la manifestación o la consciencia, tanto para el representante como para el tercero con quien realiza el acto de que el negocio no es del representante, sino de la persona por quien él actúa, y de que, por tanto, éste obra sólo en concepto de tal y sin que en principio quiera quedar vinculado y responder de ese acto. En consecuencia, queda fuera de lugar la denominada "representación indirecta". Sería una incongruencia admitir la figura, pues quien actúa por poder de otro sin habersele conferido, ni ser tampoco un falso representante -supuesto representante no autorizado, excedido en sus facultades o con poder revocado- puede ser ratificado en su gestión, y ello es reconocerle una representación en su cabal significado. Para la "representación indirecta" están otras figuras. La pureza de los institutos se vería, de otro modo, falsificada. De allí que también debe exigirse la actuación en nombre de otro como esencial a la categoría. También, se apreciará que se estima a la heteroeficacia como elemento esencial del fenómeno representativo

Debe analizarse un aspecto relativo a la constitución, pero sobre todo a la extinción de la relación representativa en aquellos supuestos en que se produce por revocación del representado, o renuncia del representante, y en que debe protegerse no solamente a los involucrados directamente en tal relación, sino fundamentalmente a los terceros.

Al artículo 355 del Proyecto de 1998 ha parecido conveniente agregar la representación orgánica no contemplada expresamente. El texto proyectado sobre los

efectos de los actos celebrados por representante se apoya en la llamada teoría de la representación (mayoritaria en la doctrina germánica que le diera origen), en cuya virtud se atiende a que el negocio ha sido celebrado por el representante, pero sus efectos se producen en cabeza del representado. Ello explica que respecto a la manifestación de voluntad se atiende a la persona del representante.

Capítulo 9. Ineficacia de los actos jurídicos

Se mantienen las expresiones empleadas por los proyectos de 1993 (PEN) y de 1998, *ineficacia de los actos jurídicos* y se receptan textos propuestos. Como en ese proyecto, se propicia la eliminación de la clasificación de actos nulos y anulables y, por ende, el apartamiento del criterio del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 688), por lo demás cuestionable, que distinguía según se estuviera en presencia de una nulidad (que se ejerce por vía de acción u oponible como excepción) o una anulabilidad (sólo por vía de acción).

Se impone la necesidad de cumplir con la sustanciación que las normas procesales establecen para las excepciones; por tratarse de una defensa de fondo sólo será invocable al contestar la demanda y no se resolverá como de previo y especial pronunciamiento sino en la sentencia, que resolverá el planteo luego de producida la prueba ofrecida.

Se admite la conversión del acto y se propone un texto tomado del Proyecto de 1998 (artículo 381), a su vez muy parecido al del Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 689). Ello supone adoptar la denominada dirección subjetiva de la conversión, que es la de los códigos alemán (artículo 40), italiano (artículo 1424), portugués (artículo 293) y griego (artículo 182). Su configuración requiere que: a) el acto nulo reúna los requisitos de forma y sustancia de otro acto (requisito objetivo); b) las partes hubieran querido el otro acto de haber previsto la nulidad (requisito subjetivo). En esta dirección subjetiva, se trata de reconstruir la voluntad hipotética – y no real – de las partes, de modo de poder considerar que ellas habrían querido el negocio diverso, si hubieran previsto la nulidad del celebrado.

No desconocemos que existe una tesis objetiva que considera que la conversión supone una “corrección de calificación”. Pero hemos preferido la subjetiva que se configura con dos requisitos: a) el objetivo, que tiende a establecer si con los requisitos de forma y sustancia del acto nulo es posible construir otro distinto; y b) uno subjetivo, que opera únicamente en sentido negativo: no se debe evidenciar una voluntad contraria de las partes a que opere la conversión.

El Anteproyecto (artículo 385) contempla que en ejercicio de la autonomía privada, los particulares puedan recurrir a la figura del negocio jurídico indirecto dando recibo normativo a una categoría o modalidad del acto jurídico que ha tenido amplia aceptación en la doctrina nacional (Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997; XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2005; Proyecto de 1998, artículo 382). Como es sabido, en su esencia, el negocio indirecto consiste en recurrir a un acto jurídico determinado, para alcanzar a través de él, fines diversos de aquellos típicos de su estructura con el objetivo práctico de lograr un resultado ulterior al previsto para el tipo negocial empleado (ASCARELLI, Tullio "Saggi giuridici", Giuffré, Milano 1949, pág. 152; PALMERO, Juan Carlos "Negocio Jurídico Indirecto. Simulación de la Sociedad Anónima" en Rev. Jur. La Ley t. 2005-E, 1027). Va de suyo, cuando el negocio indirecto está dirigido a eludir normas imperativas, es decir, cuando se lo emplea para lograr a través de una vía indirecta u oblicua los fines que no se pueden obtener directamente, el acto, en estas circunstancias, constituirá un supuesto de fraude a la ley que el Anteproyecto prevé expresamente en el artículo 12, disponiendo el sometimiento del acto y sus efectos a la norma imperativa que se trató de eludir.

La Sección 2ª regula la nulidad absoluta y relativa, en la que se reitera el abandono de la categoría de actos nulos y anulables.

Son considerables los esfuerzos de la doctrina para establecer con una razonable precisión, el criterio caracterizador de los actos nulos y anulables. Prima la postura de que el factor inspirador de la distinción es el "modo" en que se presenta el vicio. A partir de allí, surgen las diferencias: a) la pauta es la visibilidad del vicio. El acto es nulo si el vicio es patente, ostensible o manifiesto y anulable si es larvado u oculto y requiere una investigación de hecho; b) apuntando más a la consistencia que a la visibilidad: en el nulo la falla es rígida, determinada, invariable e idéntica en los casos de la misma especie y anulable si se presenta fluido, indefinido, susceptible de grados, variable en los actos de la misma especie, siendo por lo tanto, intrínsecamente dependiente de la investigación judicial; c) desde el criterio de la visibilidad, se sostiene que ella no es la que se presenta *desde un comienzo*, sino que se evidencia al juez al momento de dictar sentencia, sea de la lectura del instrumento o de éste y de una prueba extrínseca a él; d) lo manifiesto del acto nulo no alude a la "ostensibilidad visual del vicio", sino a la posibilidad de subsumirlo en una hipótesis normativa sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para determinarlo; e) el acto es nulo cuando el vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo, siendo el papel del juez el de limitarse a constatar la

existencia de una invalidez declarada de puro derecho en la ley, es preciso, rígido e insusceptible de estimación y apreciación por el juez. En el anulable, en cambio, es necesaria una labor de investigación que depende de circunstancias de hecho siendo la falla flexible variable y de valoración judicial (este enfoque parece englobar en la caracterización tanto la “visibilidad” del vicio como su “rigidez”).

Independientemente de las reseñadas dificultades para establecer el criterio caracterizador, la reforma del artículo 1051 por la ley 17.711, al asimilar la tutela del subadquirente, fuera el acto nulo o anulable, despojó a la clasificación de la relevancia práctica que se le había atribuido. Lo cierto es que no existen motivos serios para defender la relevancia ontológica de la clasificación.

No lo es que en el acto nulo la invalidez se reputa tal “*aunque su nulidad no haya sido juzgada*” (artículo 1038) y que en el anulable se lo tiene por nulo desde el día de la sentencia que lo anulase (artículo 1046). La nulidad siempre requiere el pronunciamiento judicial si las partes o un tercero pretenden prevalerse del acto y, declarada la nulidad, sea el acto nulo o anulable, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes del acto anulado (artículo 1050), con el corolario para las partes del deber de restitución.

Tampoco lo es que la sentencia del juez en el acto anulable sería “constitutiva”, mientras que la sentencia que se limita a constatar el acto nulo sería “declarativa”: en las primeras, a la declaración de certeza que se refiere al pasado, se agrega un cambio jurídico que se refiere al futuro y ello no es compatible con la solución de la ley de fondo que otorga efectos retroactivo a la sentencia.

No tiene significación la manera en que puede articularse la nulidad (artículo 688 del Proyecto de 1993 del PEN): la distinción, como se sostenía antes del artículo 1058 bis, no tiene entidad suficiente para permitir articular la nulidad como excepción cuando el acto es nulo y negarla cuando es anulable (por entender que una nulidad “dependiente de juzgamiento” puede ser hecha valer sin una “acción” tendiente a obtener ese pronunciamiento).

Tampoco tiene trascendencia, en lo atinente a la nulidad respecto de terceros, según la distinción formulada por el artículo 692 del mismo Proyecto de 1993 (PEN): no es exacta la creencia de que, si el acto es nulo, la mayor posibilidad de conocimiento del vicio que supondría ese carácter debe hacer presumir la mala fe del subadquirente, incumbiendo a éste el cargo de la prueba de su buena fe y, por el contrario, que si el acto es anulable, ha de estarse, en principio, a la buena fe del subadquirente correspondiendo la carga de la prueba de su mala fe a quien intenta prevalerse de la nulidad (a partir de la

consideración que hay actos nulos en que el vicio no se presenta visible para el tercero, no es atinado imponer a éste una carga probatoria que no se le exige cuando el acto es anulable).

En consecuencia, solamente se regula la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés predominantemente protegido, según sea general, dado por el orden público, la moral o las buenas costumbres, o particular, es decir, en protección del interés de ciertas personas.

Se sigue en líneas generales el sistema vigente, con las precisiones que ha realizado la doctrina y que recogen el Proyecto de 1993 (PEN) y el Proyecto de 1998 (arts. 696 y 384, respectivamente).

Al vedar articular la nulidad a quien *“invoca la propia torpeza para lograr un provecho”*, se mejora el sistema actual que impide solicitarla a quien hubiese *“ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”*: el “conocimiento” del vicio no equivale necesariamente a la “mala fe” (v. g., la víctima de un préstamo usurario para quienes consideran que en ese caso la invalidez es absoluta). Lo razonable es que se limite la imposibilidad de articular la nulidad a quien haya actuado de mala fe y pretenda obtener un provecho de la declaración de nulidad.

Se precisa que el juez puede declarar la nulidad de oficio, si se le presenta manifiesta al momento de dictar sentencia, ampliándose de ese modo el criterio de los proyectos: es concepto superior de valoración ética un criterio amplio que permita al juez impedir la vigencia de un acto que afecta un interés general, siendo irrelevante el secundario aspecto formal de que el vicio resulte del solo instrumento o de éste sumado a otra prueba auténtica o extrínseca o, aún, de la investigación de hecho producida en el expediente.

Se ha intentado mejorar la redacción del artículo 385 del Proyecto de 1998 para describir la nulidad relativa. Se amplía la legitimación, comprendiendo no sólo a las personas en cuyo beneficio se establece la nulidad relativa, sino comprendiendo excepcionalmente a la otra parte si es de buena fe y experimenta un perjuicio importante. Se sigue en ese aspecto la solución del artículo 1420 del Código Civil de Quebec. Puede suceder que la parte en cuyo beneficio se estableció la nulidad no la articule y que la subsistencia del acto acarree perjuicios significativos a la otra, de buena fe (contrato de locación de servicios celebrado con un enfermo mental no declarado cuya situación le impide dar cumplimiento a lo pactado).

La Sección 3ª regula la nulidad total y parcial.

Para la nulidad parcial se recepta el principio de la “separabilidad” consagrado por los Proyectos de 1993 (PEN) y de 1998 (arts. 699 y 386, respectivamente), que es también el del Código Civil (artículo 1039). Se lo reputa preferible al más subjetivo adoptado por los códigos italiano (artículo 1419) y alemán (artículo 139) y, en nuestro país, por el Anteproyecto Bibiloni (artículo 382) y el Proyecto de 1936 (artículo 211). El sistema propuesto permite atender no sólo al análisis de la intención práctica, sino a las circunstancias del caso, a la naturaleza del negocio y, sobre todo, a la regla de la buena fe.

En caso de nulidad parcial, se establece la facultad del tribunal de integrar el acto jurídico en caso de ser necesario, fijando alguna de las pautas que ha de considerar a esos fines.

La Sección 4ª se refiere a los efectos de la nulidad.

Para la restitución se mantiene la propuesta del artículo 387 del Proyecto de 1998 superando el casuismo y ausencia de completitud del sistema vigente (artículos 1050, 1052 y ss.).

Se mantiene la propuesta del artículo 388 del Proyecto de 1998 que mejora el texto del actual artículo 1056. Se establece, de ese modo, el principio de que el acto acaecido en la realidad, que es imperfecto respecto del supuesto jurídico que regula el intento negocial, es susceptible de ser subsumido en otro supuesto jurídico (constituyendo un hecho jurídico propiamente dicho, un simple acto lícito, un acto ilícito o, aun, otro acto jurídico si se presenta un fenómeno de conversión).

Asimismo, se conserva una norma similar al artículo 1051 del Código Civil que ha dado resultado en cuanto a la protección de subadquirentes de buena fe y a título oneroso; y en los casos de ausencia de autoría, se recoge el criterio doctrinario mayoritario que excluye al subadquirente de la tutela y que es también el de los Proyectos de 1993 del PEN (artículo 692) y de 1998 (artículo 389).

Para la confirmación se recoge en lo sustancial el texto de los proyectos de 1993 del PEN y de 1998 otorgándose efecto retroactivo como en el régimen vigente.

La Sección 5ª tiene por objeto la inoponibilidad.

Se recepta el texto propuesto por los Proyectos de 1993 del PEN (artículo 705) y del 1998 (artículo 393) para la inoponibilidad. A diferencia de la ineficacia simple, figura en la que el requisito exterior de eficacia puede venir incluso por la voluntad de las partes, se precisa que la inoponibilidad es de estricta creación legal. En otro orden, en la fórmula quedan incluidos los dos aspectos de la inoponibilidad: las facetas positiva y negativa.

La oportunidad para invocar la inoponibilidad puede ser cualquier momento, sin perjuicio del juego de la prescripción y la caducidad.

Se duda si los casos de “inoponibilidad” pueden agruparse sobre la base de un fundamento común o debe tratárselos como meras situaciones de especie. De ello, puede inferirse el interrogante de su incorporación general dentro de las clases de ineficacia. El Proyecto de 1998 decidió regular la categoría en dos artículos (393 y 394) que sucintamente abordan las variantes de la inoponibilidad (positiva y negativa), sus efectos, la oportunidad para invocarla y la prescripción.

Título V: “Transmisión de los derechos”

La regla de la transmisibilidad de los derechos que se consagra presenta particular valía en un sistema de unificación de derecho privado como el que se proyecta, especialmente en el ámbito de los derechos patrimoniales. Se destaca que la fórmula reconoce valiosos antecedentes en el derecho vigente. Así, el artículo 1444 del Código de Vélez, en un texto con vocación de generalidad afirma que *“todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidas, a menos que la causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito”*.

A ello se agrega el principio de que “nadie puede transferir a otro más derechos de los que él mismo tiene” en sintonía con el artículo 399 del Proyecto de 1998 que preserva su consagración expresa reconocida en el vigente artículo 3270 del Código Civil.

Se entiende que resulta valiosa la referencia expresa a la categoría de sucesores. Su inclusión supone implícitamente reconocer la noción de parte u otorgante, significativa en la lógica del acto jurídico.

V) LIBRO SEGUNDO: Relaciones de familia

La llamada “constitucionalización del derecho civil” y la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el derecho de familia.

El Anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial, el de *“democratización de la familia”*, de tanto peso, que algunos autores contemporáneos entienden que se ha pasado del “derecho de familia” al “derecho de las familias” en plural; esta opinión se sustenta – entre otras razones - en la amplitud

de los términos del artículo 14 bis de la Constitución Nacional que se refiere de manera general a la “protección integral de la familia”, sin limitar esta noción (de carácter sociológico y en permanente transformación) a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como, por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina –y en menor medida, en la jurisprudencia- como “familia ensamblada”), las que aparecen reconocidas por la ley 26.618, etcétera.

Título I: “Matrimonio”

La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura. El Título da inicio aludiendo a él como eje rector de las normas y de su interpretación. En este sentido, se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes (como surge de la ley 26.618) y del género (como lo dispone la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 75, inc. 22).

El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente, ha sido en este campo en el cual la jurisprudencia y doctrina nacional y comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial.

El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites.

Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad,

entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social.

El Anteproyecto mantiene el doble sistema de impedimentos matrimoniales dirimentes e impedientes, introduciéndose algunas modificaciones a los fines de compatibilizarlo con el resto del ordenamiento jurídico. Así, de acuerdo con el régimen de la mayoría de edad a los 18 años, queda expresamente derogada la autorización paterna para que los hijos menores de edad puedan celebrar matrimonio y se establece la consecuente dispensa judicial en todos los casos de personas que no han alcanzado los 18 años.

Para adaptar el régimen matrimonial al de salud mental regulado por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y la ley 26.657, se dispone, como en el régimen vigente, el impedimento dirimente de falta permanente o transitoria de salud mental, pero se alude expresamente a que ello es así en el supuesto de que esa falta le impida tener discernimiento para el acto matrimonial. En este caso, el matrimonio se puede celebrar previa dispensa judicial.

Se introducen algunas modificaciones a la oposición al matrimonio. En este sentido: a) se deroga la legitimación del tutor o curador para oponerse a la celebración del matrimonio del pupilo o la persona restringida en su capacidad ya que la persona que pretenda contraer matrimonio siempre debe contar con dispensa judicial, resultando suficiente este control judicial; b) se unifican en un mismo inciso los parientes facultados para oponerse, cualquiera sea el origen del vínculo; c) se unifica en un solo articulado con la inclusión de las reglas del procedimiento.

A los fines de compatibilizar las reglas de la celebración con otras modificaciones que el Anteproyecto recepta, se dispone que el oficial del registro proceda a la lectura de un solo artículo sobre derechos y deberes matrimoniales; en el mismo sentido, se ordena que en el acta de celebración quede constancia de la elección del régimen matrimonial elegido, si se hubiese expresado la opción.

No se cambia el doble régimen de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, pero se introducen algunas modificaciones a la segunda.

Para la causal de falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial se establece que cualquiera de los cónyuges que desconocía el impedimento puede petitionar la nulidad, excepto que hayan continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud el que sufre el impedimento, o luego de conocido el impedimento por parte del cónyuge sano. Se fija el plazo de un año, pues

el estado de familia no puede quedar en la incertidumbre de manera indefinida. Vencido el término, sólo queda habilitada la vía del divorcio. El juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto.

Se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetivas y subjetivas, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificulta la prueba.

El Anteproyecto define qué se entiende por buena fe. Para el supuesto de buena fe de ambos contrayentes, a los fines de compatibilizar con las modificaciones que se introducen en otros Títulos, se dispone que la sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio y, además, que, si la nulidad produce un desequilibrio económico en uno de ellos en relación al otro, se aplican las normas relativas a la institución de las prestaciones compensatorias.

Una modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas. En cambio, se conserva el derecho y deber jurídico de asistencia, previéndose expresamente el deber alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho; tras el divorcio, esa obligación puede existir por acuerdo de partes o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio transmitiéndose a los herederos del alimentante; y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo.

Se modifica el régimen anterior que disponía que el fallecimiento presunto producía la disolución matrimonial sólo cuando el cónyuge presente contraía nuevas nupcias por un sistema más simple, según el cual la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento produce la disolución del matrimonio, contraiga o no el presente nuevo matrimonio.

Se deroga la figura de la separación personal por diversos motivos:

a) la separación tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando éste se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de matrimonio indisoluble.

b) Su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para petitionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral.

Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio.

Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.

Como en el sistema vigente, el divorcio exige la vía judicial, pero se introducen modificaciones en las vías que permiten llegar a él. Se siguen los lineamientos generales de la reforma española del 2005, cuya exposición de motivos destaca que, el libre desarrollo de la personalidad, que se deriva del principio de autonomía de la voluntad, justifica que el ejercicio del derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud (...) Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición.

De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio.

Se elimina todo plazo de espera, sea que se contabilice desde la celebración de las nupcias, o de la separación de hecho para la tramitación del divorcio. Esta postura legislativa también se funda en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges.

Las modificaciones de fondo mencionadas producen transformaciones en el plano procedimental. En efecto, se suprimen varias de las reglas que prevé el Código Civil en el artículo 236, entre otras, las facultades judiciales de conciliación y la doble audiencia en un plazo de tiempo determinado. No se establecen otras reglas específicas, por considerar que no resulta necesario avanzar sobre las reglas procesales locales. Los cambios mencionados mejoran el servicio de justicia al poner fin a ciertos debates sobre los cuales no hay criterios uniformes, perjudicando al justiciable por la falta de seguridad jurídica.

De conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges y la necesidad de que ellos sean los verdaderos protagonistas también en la ruptura de su matrimonio, se consigna la necesidad de incorporar al proceso un convenio regulador, que puede ser acordado por las partes o, cuando se trata de un divorcio unilateral, surgido de una propuesta; debe referirse a cuestiones que se derivan de un divorcio (ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de bienes, eventuales compensaciones económicas, etcétera). El otro cónyuge puede compartir o esgrimir otras propuestas, y el juez dirimir en caso de conflicto y homologar en caso de arribarse a un acuerdo. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

En total consonancia con la necesidad de diferenciar el vínculo matrimonial en sí de los efectos o consecuencias que se derivan de su ruptura, se dispone de manera expresa que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio; en este caso, quedarán pendientes de resolución judicial en trámite

incidental aquellas cuestiones sobre los cuales no se haya arribado a un acuerdo con total independencia de la disolución del matrimonio por el divorcio.

El Anteproyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que, para aminorar un desequilibrio manifiesto los cónyuges acuerden o el juez establezca compensaciones económicas.

Estas compensaciones pueden ser abonadas de diferentes modos: prestación dineraria única; renta por un tiempo determinado o, de manera excepcional, por plazo indeterminado. Por ejemplo, si al momento de contraer nupcias se optó por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar y en apoyo a la profesión del otro, no sería justo que al quiebre de esa elección se deje desamparado a aquél de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas que no se traducen en réditos económicos; en este caso, se le fijará una compensación económica que puede asumir distintas modalidades de pago: pensión, cuotas, etc.

Nada impide que los cónyuges convengan su monto y forma de pago, pero, como se trata de un caso de protección legal con fundamento en la solidaridad familiar, ante la falta de acuerdo el juez puede determinar su procedencia y fijar su monto si correspondiere. Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición.

Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas. Aunque comparte algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias

objetivas que el divorcio provoca. Por estas razones se fija un plazo de caducidad para reclamarlas de seis meses, computados desde el divorcio.

El Anteproyecto contiene una protección especial de la vivienda familiar, denominada en algunos artículos hogar familiar, por considerar que se está en presencia de un derecho humano. En este sentido, uno de los cónyuges puede solicitar que se le atribuya la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial, sobre la base de ciertas pautas que el juez debe tener para determinar su procedencia y para fijar el plazo de duración.

También se posibilita petitionar que el inmueble ganancial o propio en condominio no sea partido ni liquidado y la fijación judicial de una renta compensatoria por el uso del inmueble por parte del otro cónyuge. Se resuelve un problema dudoso en el régimen vigente y se establece que la atribución de la vivienda produce efectos frente a terceros a partir de la inscripción registral de la decisión judicial pertinente. Se trata de una restricción al dominio, razón por la que se regula las causas de cese de esta atribución.

Título II: “Régimen patrimonial del matrimonio”

El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes. Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas y admite el cambio del régimen de bienes después de transcurrido el año de aplicarse el elegido o supletorio.

El régimen legal supletorio es el de comunidad fundado en ser: a) el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado, y c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina, en este momento.

Se regulan todos los detalles sobre el acuerdo inicial y el posterior modificatorio (contenidos admitidos, requisitos, forma, publicidad).

El Anteproyecto contiene un Capítulo de normas comunes a todos los regímenes, inderogables por los cónyuges, destinado a la protección de los intereses familiares comprometidos. Este tipo de normas, conocido bajo el nombre de “régimen primario”, existe en la mayoría de las leyes del derecho comparado. En esta Sección común se regula: el deber de contribución; la protección de la vivienda mediante la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular y las consecuencias de su ausencia, falta o negativa;

el mandato entre cónyuges; la responsabilidad por deudas y la administración de cosas muebles no registrables.

En orden al régimen de los bienes en el sistema de comunidad, se enumeran cuáles son considerados propios y gananciales, previéndose de manera expresa supuestos que son debatidos o generan posturas encontradas en la doctrina y jurisprudencia.

Se introducen modificaciones en lo relativo a la prueba del carácter de los bienes, previéndose que un cónyuge pueda requerir una declaración judicial en la que conste que un bien es propio, debiéndose tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición, o también en el supuesto de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

Se modifica la regulación sobre las deudas de los cónyuges; respecto de las deudas contempladas hoy en el artículo 6º de la ley 11.357, se prevé que los cónyuges respondan en forma solidaria con todos sus bienes, con la limitación de que, si el matrimonio se rige por el régimen de la comunidad de gananciales y si se trata de deudas por gastos de conservación y reparación de bienes gananciales, el cónyuge que no las contrajo responde solo con sus bienes gananciales y no con sus otros bienes.

Se explicita la noción de recompensa y se soluciona un supuesto debatido en la jurisprudencia, vinculado al régimen societario y de los fondos de comercio.

Se regula en una Sección particular la gestión de los bienes en el régimen de comunidad, diferenciándose si se trata de bienes propios, gananciales o adquiridos conjuntamente. Se dispone que los actos otorgados por uno de los cónyuges dentro de los límites de sus facultades con el fin de defraudar al otro cónyuge son inoponibles a éste y que si uno de los cónyuges administra bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios según el caso.

Se prevén las causas de extinción de la comunidad, siendo la separación judicial de bienes una de ellas, figura a la cual se introducen modificaciones en las causas que puedan dar lugar a su solicitud. Se establece que la retroactividad de la extinción de la comunidad se produce al día de la notificación de la demanda o petición conjunta en los supuestos de anulación, divorcio o separación de bienes, y se aclara que, si precedió una separación de hecho a la anulación del matrimonio, la sentencia tiene efectos retroactivos a la fecha en que se produjo la separación. En todos los casos, se dejan a salvo los derechos de terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito y también se

faculta al juez a modificar la extensión del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho.

Se regula la indivisión postcomunitaria. Los cónyuges pueden acordar las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos. Se prevé expresamente el deber de informar un cónyuge al otro la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria con antelación razonable, pudiendo el otro cónyuge oponerse judicialmente. Se establecen ciertas reglas relativas al uso y goce de los bienes indivisos, a los frutos y rentas, a la rendición de cuentas y a la compensación a la masa por el uso y goce exclusivo por parte de uno de los cónyuges desde que se le solicitó. Se contempla que durante la indivisión postcomunitaria se aplican las normas de la responsabilidad solidaria y se reconoce a los terceros acreedores el derecho a subrogarse en los derechos del cónyuge deudor para solicitar la partición de la masa común.

Se regula la etapa de liquidación de la comunidad seguida de la extinción y, especialmente, la cuestión relativa a la prueba, monto y valuación de las recompensas. Se resuelve otra cuestión discutida en la jurisprudencia, estableciéndose que cada cónyuge responde con sus bienes propios y la porción de gananciales que se hayan adjudicado, por las deudas contraídas después de la partición y antes de la liquidación. Se prevé la atribución preferencial de determinados bienes y que el inventario y la división de los bienes se realizan de conformidad a las reglas de la partición de las herencias.

El régimen de separación está presidido por el principio de libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge, con las limitaciones previstas en el Título referido a los actos que requieren asentimiento y al deber de contribución. Se dispone el principio de libertad probatoria para demostrar la propiedad exclusiva de un bien. La idea comunitaria ingresa al régimen de separación al establecerse que si no se puede acreditar la propiedad exclusiva, se presume que el bien pertenece a ambos cónyuges por mitades.

Se prevén dos causales de cese del régimen: 1) disolución del matrimonio; y 2) modificación del régimen de separación de bienes convenido.

Título III: “Unión convivencial”

El progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial constituye una constante en todos los sectores sociales y ámbitos geográficos.

Como se dijo, la Reforma Constitucional de 1994 implicó la aceptación de diferentes formas de organización familiar, fenómeno reconocido en diversas leyes especiales y en la jurisprudencia, que han otorgado algunos efectos jurídicos a las relaciones afectivas que cumplen determinados requisitos (estabilidad, permanencia, singularidad y publicidad). El avance de la jurisprudencia y de la legislación local en la materia es manifiesto.

Desde la obligada perspectiva de derechos humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias de pareja, constituye una manda que el Anteproyecto debe cumplir. Todos estos derechos deben conjugarse y articularse de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial.

En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el Anteproyecto reconoce efectos jurídicos a las convivencia de pareja, pero de manera limitada. Mantiene, pues, diferencias entre las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial) que se fundan en aceptar que, en respeto por el artículo 16 de la Constitución Nacional, es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

El derecho comparado no presenta unidad sobre la palabra adecuada para denominar a las personas que conviven sin que exista vínculo matrimonial. Se alude al “*concubinage*” en el derecho francés; la “*famiglia di fatto*” en el derecho italiano; a las “*parejas estables*” en el derecho español; a la “*unión marital de hecho*” en Colombia; las “*uniones concubinarias*” en el derecho uruguayo; el concubinato, el matrimonio aparente o la unión de hecho, por citar algunos. Varios de estos términos han sido considerados peyorativos y negativos porque revelan la censura social y jurídica. El lenguaje no es neutro. En la Argentina, la palabra “concubinato” receptada en el Código Civil vigente, tiene sentido peyorativo. El Anteproyecto pretende no sólo nombrar las instituciones con precisión técnica, sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad les asigna. La conciencia social ha pasado de una consideración negativa a reconocer que las personas que no se casan forman parte del amplio espectro de formas de vivir en familia. El Anteproyecto habla de “unión convivencial”. La convivencia, es decir, compartir la vida, en pareja, con otra persona, fundada en el afecto, y con independencia

de la orientación sexual de sus integrantes, en aparente matrimonio, es uno de los elementos estructurales de esta forma familiar. El término “unión” tiene la ventaja de su consolidación social y jurídica. Esta terminología no abarca una única modalidad, sino una pluralidad de manifestaciones con características similares, pero no idénticas. Jóvenes que cohabitan antes de casarse (a modo de “prueba”); parejas que han decidido mantenerse al margen del matrimonio en forma consciente y voluntaria; uniones de sectores sociales excluidos o vulnerables en los que se trata de una práctica generalizada, etcétera.

El Título sobre las “uniones convivenciales” se inicia definiéndolas como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común, cualquiera sea su orientación sexual.

Se regulan los requisitos para que este tipo de relaciones afectivas generen determinados efectos jurídicos; en especial, se establece un plazo mínimo de dos años de convivencia. El Anteproyecto sigue la postura de varias legislaciones extranjeras y de leyes nacionales que otorgan determinados efectos a las uniones convivenciales (por ej., el derecho a pensión, la continuación de la locación ante el fallecimiento del locatario) que exige un plazo de permanencia y estabilidad mínima de la unión. La determinación de un plazo busca resguardar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad que puede derivarse de la indeterminación.

El Anteproyecto adopta una postura intermedia en torno a la registración de las uniones convivenciales. Las convivencias que no se registran y que cumplen todos los requisitos mencionados pueden ser reconocidas como tales y generar los efectos jurídicos pertinentes a pesar de su falta de registración, si prueban todos los recaudos por otros medios. La registración no es un requisito para la existencia o configuración de las convivencias, sino para facilitar su prueba y, en algún caso, para oponibilidad a los terceros.

El Anteproyecto prioriza la autonomía de la voluntad expresada en forma escrita, que debe ser inscripta si la unión convivencial es registrada. La libertad no es absoluta; por eso, esos pactos no deben ser contrarios al orden público, ni conculcar el principio de igualdad entre los miembros de la pareja, ni afectar derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes.

Con estas restricciones, y de manera meramente orientativa, se dispone que las partes puedan pactar, entre otras cuestiones, la contribución a las cargas del hogar durante la unión, y para el caso de ruptura, la atribución del hogar común y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común.

Se permite que los pactos puedan ser modificados y extinguidos en cualquier momento por ambos convivientes, expresándose que el cese de la convivencia trae consigo la extinción de pleno derecho del pacto para el futuro.

En protección a derechos e intereses de terceros, se dispone que tanto el pacto, como su modificación o cese, son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el articulado relativo a la registración, y también en los registros correspondientes a los bienes incluidos en el pacto.

Como régimen legal supletorio, o sea, ante la falta de pacto, cada integrante de la unión administra y dispone libremente los bienes de su titularidad, excepto las restricciones expresamente previstas en materia de protección de la vivienda y los muebles indispensables que se encuentran allí.

Tratándose de un derecho básico que se deriva del principio de solidaridad familiar, se dispone que los integrantes de la unión se deben mutuamente asistencia.

Con independencia de la existencia o no de pacto, ambos miembros de una unión convivencial tienen la obligación de contribuir a los gastos domésticos, en los mismos términos que en el matrimonio. El Anteproyecto establece que los convivientes son solidariamente responsables por las deudas asumidas por cada uno de los integrantes de la pareja para la atención de los gastos domésticos.

Se establece que los convivientes no pueden, sin el asentimiento del otro, disponer de derechos sobre la vivienda familiar ni los muebles indispensables de ésta. A estos fines, se dispone que la falta de asentimiento faculta a quien no lo prestó a demandar la nulidad dentro del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto de disposición, siempre que no se haya producido el cese de la convivencia.

Además, al igual que en el régimen patrimonial primario, se prevé que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, excepto que dichas deudas hayan sido contraídas por ambos miembros o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Se enumeran diferentes causas de cese de la convivencia: mutuo acuerdo, voluntad unilateral o de uno de ellos debidamente notificado al otro, y cese de la convivencia mantenida durante un lapso mínimo de un año.

También se enumeran otras causales que no se fundan en la autonomía de la voluntad: fallecimiento de alguno de los integrantes de la pareja; sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento; matrimonio o unión convivencial de uno de sus miembros con un tercero, y matrimonio entre los miembros de la unión, pues en este último caso, se pasa del régimen legal que se regula en este Título al régimen matrimonial.

Se extiende a las parejas convivientes la posibilidad de que el integrante que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación por causa de la convivencia y su ruptura sea compensado, de modo similar al supuesto del divorcio.

La vivienda se protege de diferente manera. El inmueble que ha sido sede de la familia puede ser atribuido a uno de los convivientes, normalmente, el más débil, el que se queda a cargo de los hijos, etc. Si el inmueble sede de la unión convivencial fuese alquilado, se autoriza al conviviente no locatario a continuar en la locación hasta su vencimiento. También se prevé que la atribución del uso de la vivienda implica su indisponibilidad durante el plazo que se fije y que esta protección es oponible a terceros desde la inscripción registral de la decisión judicial que la establece. En el caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si el supérstite carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a una vivienda, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por el plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con terceros. Este derecho se extingue si el supérstite conforma una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda habitable o bienes suficientes para acceder a una. De este modo, el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la ya mencionada necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar.

Ante la inexistencia de pacto y a modo de régimen legal supletorio, en el Anteproyecto se establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de que por aplicación de los principios generales del derecho civil (por ejemplo, el enriquecimiento sin causa, etc.) uno de los

convivientes pueda solicitar después del cese de la unión, derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia. De esta manera, el Anteproyecto reconoce y habilita, de manera expresa, solicitudes en materia patrimonial que ya la jurisprudencia nacional ha admitido en ciertas oportunidades y bajo determinadas circunstancias.

Título IV: “Parentesco”

El Anteproyecto mantiene el Título particular sobre parentesco, pero introduce varias modificaciones:

Mejora la definición de parentesco, al disponer que es el vínculo existente entre personas en razón de la naturaleza, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. De este modo, nuclea todas las relaciones jurídicas que son causa fuente del parentesco.

Aclara que el término “parentesco” a secas corresponde a los vínculos jurídicos que se derivan de los tres tipos filiales que se regulan: filiación por naturaleza, filiación por técnicas de reproducción humana asistida y filiación adoptiva. Así, se sustituye la noción de parentesco por consanguinidad, pertinente en el marco de un régimen filial que sólo receptaba la filiación por naturaleza. Estos tres tipos filiales (por naturaleza, por el uso de las técnicas de reproducción asistida y por adopción) tienen diferentes causa fuente (elemento biológico, de voluntad procreacional y jurídico) a los fines de la determinación de la filiación y su consecuente sistema en materia de acciones, pero no respecto a sus efectos. De esta manera, se evita cualquier tipo de discriminación en razón del vínculo filial, por lo cual, cuando en el texto se alude al parentesco sin ninguna noción adicional, se refiere a toda clase de vínculo filial, incluso la adoptiva, sea en línea recta o colateral. Ahora bien, cuando la adopción implica diferentes consecuencias jurídicas en materia de parentesco por tratarse de adopción simple o plena, se lo señala de manera expresa; de lo contrario, cuando se alude a parentesco de manera general, incluye a la filiación adoptiva cualquiera sea su tipología. La cuestión se vincula a los tipos adoptivos que se regulan: en la plena, el adoptado adquiere el mismo parentesco que un hijo, generando vínculo con todos los parientes del adoptante; en la simple, sólo crea vínculo de parentesco entre el adoptado y los adoptantes. Sin embargo, esta regla admite modificaciones, en tanto se faculta al juez a flexibilizar este principio por diferentes razones en beneficio del adoptado. Además, en el orden sucesorio, las diferencias no existen respecto al adoptado, aunque sí respecto de los adoptantes, desde que el hijo adoptivo hereda como un hijo por naturaleza o por reproducción humana asistida, sea la

adopción simple o plena; en cambio, cuando la adopción es simple, el derecho sucesorio de los adoptantes distingue según el origen de los bienes.

Las uniones convivenciales reguladas en el Anteproyecto no generan vínculo de parentesco; sólo el matrimonio es causa fuente del parentesco por afinidad, reconociéndose efectos jurídicos sólo a los que se encuentran en primer grado.

La prestación alimentaria es siempre motivo de gran preocupación. El Anteproyecto mantiene el orden subsidiario de las personas obligadas a prestar alimentos derivados del parentesco. Dispone de manera expresa que cuando se trata de hermanos bilaterales y unilaterales, los alimentos son debidos por quienes están en mejores condiciones de proporcionarlos y, si todos lo están, se deben en partes iguales, pero se faculta al juez a fijar cuotas diferentes según la cuantía de los bienes y las cargas familiares de cada obligado.

Los alimentos por ascendientes cuando involucra a niños, niñas y adolescentes están regulado de manera especial en el Título relativo a la responsabilidad parental y recepta las modificaciones y observaciones que varias voces doctrinales y jurisprudenciales han desarrollado en torno a los alimentos entre abuelos y nietos. En ese mismo Título, por razones prácticas, se consideró que no era metodológicamente incorrecto regular el derecho alimentario del hijo mayor de edad que continúa estudiando.

Se modifica parcialmente el contenido de la obligación alimentaria derivada del parentesco al incluir educación, si se trata de personas menores de edad, y se agrega que deben tenerse en cuenta las posibilidades económicas del alimentante.

Se prevé el modo de cumplimiento de la obligación alimentaria; la regla es el pago de una renta en dinero en forma mensual, anticipada y sucesiva, pero se faculta a solicitar que sea solventada de otro modo y a fijar cuotas por períodos más cortos, todo por razones fundadas.

El Anteproyecto, al igual que el Proyecto de 1998, sistematiza varias normas de carácter procedimental; entre otras, aclara que la sentencia tiene efectos retroactivos al día de interposición de la demanda o la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses desde la interpelación; recepta una postura amplia y flexible de las medidas cautelares.

Se preocupa también de la eficacia de la sentencia y autoriza al juez a ordenar “medidas razonables” para asegurarla. Receptan expresamente dos medidas aceptadas por la doctrina y el derecho comparado: a) la responsabilidad solidaria de quien incumple

la orden judicial de retener una suma correspondiente a una obligación alimentaria del dependiente o acreedor y b) la tasa de interés que devengan las sumas debidas por alimentos puede alcanzar la equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central.

La comunicación entre personas unidas por parentesco también es causa de mucha litigiosidad. El Anteproyecto modifica la terminología legal y sustituye la expresión “visitas” por la de “derecho de comunicación”, al involucrar por igual a dos personas que no se visitan sino que se relacionan, se comunican, y profundizan vínculos afectivos fundados, principalmente, en el parentesco.

Se sustituye la referencia a los parientes que se deben recíprocamente alimentos contenida en el Código vigente por la enumeración concreta de las personas a las que se les reconoce el derecho de comunicación, con la finalidad de evitar toda especulación e intento de sujeción del derecho de comunicación a la obligación alimentaria. Además, se extiende el derecho de comunicación a aquéllos que justifiquen un interés afectivo legítimo, en consonancia con lo dispuesto por el Proyecto de 1998 y con la noción de “referentes afectivos”, introducida en el artículo 7º del decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061.

En el mismo sentido que en materia de obligación alimentaria, de manera amplia y flexible se faculta al juez que disponga de “medidas razonables” para asegurar el régimen de comunicación convenido o establecido por sentencia incumplido.

Título V: “Filiación”

El Título de la filiación contiene grandes modificaciones. El Anteproyecto sigue de cerca diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados que impactan de manera directa en el derecho filial, tales como: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Se pretende zanjar los debates doctrinales y jurisprudenciales que se generaron con la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo, introduciendo modificaciones sustanciales a los fines de que el sistema filial esté en plena coincidencia con la nueva conceptualización del matrimonio.

Por otra parte, y de conformidad con el desarrollo de la ciencia médica y el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, el Título sobre la filiación recepta su determinación cuando ésta se debe o es consecuencia de ella, asumiéndose que, de conformidad con las particularidades que ostenta este tipo de técnicas, amerita una regulación especial constituyéndose en una nueva causa fuente de la filiación. En este sentido, la reforma recepta que el derecho filial se encuentra integrado por tres modos o formas de alcanzar la filiación: a) por naturaleza, b) por técnicas de reproducción humana asistida y c) por adopción.

Se mantiene el sistema binario, o sea, nadie puede tener vínculo filial con más de dos personas al mismo tiempo; de allí que si alguien pretende tener vínculo con otra persona, previamente debe producirse el desplazamiento de uno de ellos.

La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.

La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada, es irrevocable.

Esta voluntad procreacional debe ser expresa y protocolizada ante escribano público; además, se inscribe en el correspondiente Registro Civil inmediatamente el niño nace.

Por aplicación de la teoría de los actos propios, son inadmisibles las acciones de filiación (impugnación o reclamación) por parte de quien prestó consentimiento libre, pleno y formal a las técnicas de reproducción humana asistida.

A su vez, la persona nacida de estas prácticas no tiene acción contra quien aportó el material genético, mas no tuvo voluntad procreacional.

Se permite la fertilización con gametos de la pareja o de la persona que pretende alcanzar la maternidad o paternidad a través del uso de las técnicas, como así también de material de donante anónimo, debiendo una ley especial regular todas las cuestiones que se derivan de la llamada fertilización "heteróloga".

La reforma regula otra cuestión que se deriva del uso de gametos de terceros como es el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas; doctrina y jurisprudencia derivan el derecho a conocer los orígenes de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina. Si bien el Anteproyecto establece la regla del anonimato, prevé supuestos de apertura o flexibilización de dicho carácter. En efecto, se reconoce el derecho de las personas nacidas de este modo a obtener información médica sobre los donantes en caso de riesgo para la salud, sin necesidad de intervención judicial. La identidad del donante, en cambio, puede ser develada cuando se invocan otras razones debidamente fundadas, que deben ser evaluadas por la autoridad judicial (no ya administrativa) en atención a los intereses en juego. De este modo, la reforma adopta una postura intermedia, frente a un panorama dispar en el derecho comparado. Se sigue de cerca la legislación española (Ley nº 14/2006) pero se abre la posibilidad de abandonar el anonimato frente a razones fundadas que deben ser valoradas judicialmente.

Por aplicación de los principios constitucionales de fundar una familia, el reconocimiento de las diversas formas de organización familiar y el principio de igualdad y no discriminación, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida es admitido de modo amplio, es decir, previéndose la posibilidad de que una mujer sola pueda ser madre sin la necesidad de que esta persona esté efectivamente casada o en pareja con una persona de diverso o de su mismo sexo. De este modo, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida sería un modo de acceder de manera originaria a una familia monoparental, de igual forma que acontece con la adopción por una persona sola permitida por la normativa vigente.

Se regula de manera expresa la cuestión de la fertilización o procreación "post mortem", es decir, la especial situación que se presenta cuando uno de los integrantes de la pareja fallece durante el proceso que estas técnicas implican; la regla es la prohibición, pero se permite que la pareja de la persona a la cual se le va a transferir el embrión deje

expresada su voluntad de que en caso de fallecimiento acepta que ese embrión sea transferido y efectivamente el implante se produce dentro de los seis meses de su deceso. Esta manifestación puede ser expresada en el documento en el cual presta el consentimiento al sometimiento a las técnicas o en un testamento.

El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El Anteproyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición.

El Anteproyecto permite la gestación por sustitución previéndose un proceso judicial con reglas propias que culmina con una decisión judicial de autorización; requiere: a) capacidad de la mujer; b) consentimiento informado por parte de todos los intervinientes con la debida preparación; c) que la gestante porte material genético de uno o ambos miembros de los comitentes y no de ella; d) demostrar los comitentes la imposibilidad de concebir o llevar adelante a término un embarazo; (e) la gestante no ha aportado material genético propio; (f) la gestante no ha recibido retribución, sin perjuicio de que la regulación especial pueda reconocer el pago de gastos razonables; (g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; (h) la gestante ha parido con anterioridad, al menos, un hijo propio. Todos estos requisitos contribuyen a tener certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que

este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa.

Los médicos no pueden proceder a la implantación del embrión en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

En el ámbito de la filiación matrimonial, en total consonancia con el derecho de los niños de estar inscriptos inmediatamente después de haber nacido y tener vínculo filial, se extiende la presunción de filiación del cónyuge de la mujer que da a luz, con independencia de ser matrimonio heterosexual u homosexual. La reforma también termina con un debate suscitado recién sancionada la ley 23.264 que introdujo modificaciones sustanciales al régimen jurídico de la filiación y patria potestad en torno a la interpretación del artículo 243 del Código Civil. Se toma como hecho relevante la interposición de la demanda o la situación fáctica según haya proceso judicial o separación de hecho.

En el ámbito de la paternidad extramatrimonial se mantiene el reconocimiento como eje central. Se establece el deber del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de notificar el reconocimiento, acto de extrema relevancia en lo atinente a la determinación de la filiación en el ámbito extramatrimonial, al principal interesado (el hijo) y/o su representante legal. De este modo, se pretende evitar que una persona se entere de que fue reconocida por otra recién cuando debe realizar algún trámite relativo a su identidad.

La regulación de las acciones de filiación presenta variantes importantes.

Los avances de la medicina, en particular el perfeccionamiento de la genética, han obligado a revalorizar las pruebas de ADN en los juicios de filiación. El Anteproyecto pretende que se mantenga la jurisprudencia mayoritaria en el país, que ha interpretado razonablemente la ley 23.511 ampliando la literalidad de sus expresiones. En consecuencia, prevé el siguiente régimen: a) si el presunto padre vive, pero se opone, esa negativa funciona como un indicio grave; b) si el presunto padre vive, pero resulta imposible producir la prueba (por ejemplo, está rebelde, no se lo puede encontrar) la prueba puede realizarse sobre material genético de los parientes del demandado hasta el segundo grado; c) si el presunto padre no vive, puede practicarse sobre material genético de los padres del demandado; (d) si éstos se oponen o no existen, se puede autorizar la exhumación del cadáver.

Las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial y de impugnación del reconocimiento de la filiación extramatrimonial han dado lugar a muchos debates en torno a la legitimación activa y al plazo de caducidad. El Anteproyecto sigue la postura amplia abriendo la legitimación a toda persona con “interés legítimo”. También modifica el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de caducidad (desde que el presunto progenitor supo o pudo saber que no lo era); además, se unifica el plazo en dos años para todas las acciones de filiación, en consonancia con el reiterado principio de igualdad –o que exista sólo la menor diferencia posible, reservada para los supuestos fácticos que sean necesarios fundados en razones objetivas- entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

En consonancia con el derecho a la identidad y a tener doble vínculo filial inmediatamente o lo antes posible, se regula la obligación del registro civil de comunicar al Ministerio Público esta situación para que éste procure el reconocimiento de manera extrajudicial. Además, a los fines de compatibilizar la legislación civil con lo dispuesto en el decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061, se prevé que antes de remitir el registro la comunicación al Ministerio Público, el oficial o jefe del registro civil debe citar a la madre e informarle sobre el derecho del niño a contar con vínculo filial paterno en respeto por el derecho a la identidad.

El Anteproyecto reconoce los aportes de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia que, en total consonancia con el derecho humano a la dignidad y a la calidad de vida, admiten fijar alimentos provisorios durante el trámite del proceso de reclamación de la filiación o incluso antes del inicio de este trámite tal como se lo regula en el Título sobre responsabilidad parental en materia de alimentos provisorios a los hijos no reconocidos.

También recepta la doctrina y jurisprudencia nacional consolidada que considera que la falta de reconocimiento genera un daño jurídicamente reparable.

Título VI: “Adopción”

El legislador debe a los niños sin cuidados parentales una normativa actualizada, ágil y eficaz, dirigida a garantizar su derecho a vivir en el seno de una familia adoptiva en el caso de no poder ser criados por su familia de origen o ampliada.

A estos fines el anteproyecto comienza por definir a la adopción; el concepto incorporado destaca que la institución tiene en miras, primordialmente, el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos. Al igual que en otros títulos, se enuncian

los principios sobre los cuales se elabora el régimen jurídico de la adopción, que sirven, además, de pautas de interpretación para resolver los conflictos que se puedan suscitar. Se mencionan: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de la permanencia del niño en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos y su separación por razones fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes y f) el derecho del niño y valorada su opinión de conformidad su edad y grado de madurez, previéndose que cuando se trata de la adopción de niños de 10 años o más, éstos deben prestar el consentimiento a la adopción, por aplicación y entrecruzamiento del eje rector en materia de derechos de niños y adolescencia como lo es el interés superior del niño, la participación de los niños en la construcción de su identidad y el principio de autonomía progresiva.

Dentro del marco de garantías sustantivas y adjetivas, además de garantizar el derecho de todo niño a ser oído, se cumple con la obligación que surge del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), según el cual los Estados deben posibilitar que “las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario”, el consentimiento así expresado asegurará a los padres biológicos del niño o niña las herramientas suficientes, para que la manifestación de su voluntad se dé en un contexto que evite el aprovechamiento de cualquier tipo de situación de vulnerabilidad o desinformación sobre las consecuencias de la decisión.

En este aspecto, se establecen plazos perentorios y razonables al organismo de protección para dictaminar sobre la situación de adoptabilidad (Ver, en este sentido, entre otros, Informe N° 117/06. Petición 1070-04. Admisibilidad. Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos).

El desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano ha implicado la consolidación y autonomía de otro que de él deriva: el derecho a conocer los orígenes. El anteproyecto mejora y amplía la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, noción más amplia que la de realidad biológica a la que alude el Código Civil vigente; en este sentido, se menciona el acceso no sólo al proceso de adopción, sino a todo expediente o cualquier fuente de información relativos al origen, biografía o historia del adoptado. No se establece una edad determinada a partir de la cual se puede ejercer de manera personal este derecho; se deja abierto para que todo adoptado, con madurez suficiente, si tiene inquietud acerca de sus orígenes, pueda ver satisfecho ese derecho. En atención a que los niños y adolescentes merecen una protección especial, se prevé

que cuando el adoptado no ha alcanzado aún la mayoría de edad, el juez puede disponer la intervención de profesionales especializados. Además, se pondera que la familia adoptiva pueda solicitar asesoramiento ante estos mismos profesionales o servicios especializados e interdisciplinarios.

Se regula una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes, que puede ser ejercida por el adoptado adolescente, quien deberá contar con asistencia letrada. De este modo, se logra un equilibrio entre el derecho a la identidad y la irrevocabilidad de la adopción plena, siendo posible que el adoptado conozca sobre sus orígenes, sin que ello altere el vínculo jurídico adoptivo.

Se mantiene el principio de que la adopción es una institución destinada a satisfacer derechos que titularizan personas menores de edad no emancipadas; de manera excepcional, se permite la adopción de personas mayores de edad o emancipadas por matrimonio, cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente (adopción de integración) o haya habido posesión de estado de hijo durante la minoría de edad de éste. La pluralidad de adopción está autorizada, siendo posible que se adopten a varias personas de manera simultánea. También es viable la adopción aunque los adoptantes ya tengan descendientes, pero se deroga la regla por la cual todas las adopciones deben ser del mismo tipo, ya que ello conculca la particularidad de cada una de las adopciones, siendo posible que un adoptante tenga a un niño adoptado en forma plena pero que con respecto al otro tenga una adopción simple, por ejemplo, si se tratase de la adopción del hijo de su pareja en el que lo mejor para este niño sea mantener vínculo jurídico con ambos progenitores de origen.

Se abre la posibilidad de adoptar a parejas no casadas; se recogen así, voces doctrinales y jurisprudenciales que admiten la adopción a favor de dos personas convivientes no unidas en matrimonio. Esta ampliación implica, por un lado, reconocer las diversas formas de organización familiar, en consonancia con la regulación de las uniones convivenciales receptadas en el anteproyecto y, por el otro, abrir la posibilidad de brindar a los niños, niñas y adolescentes una familia adecuada a su especial situación. Por lo demás, la ley del matrimonio igualitario ya había incorporado al listado a las parejas del mismo sexo y, de este modo, en su momento, garantizó la vigencia del principio de no discriminación respecto de los matrimonios, cualquiera sea su orientación sexual.

Se dispone que el requisito relativo al plazo de residencia de 5 años anteriores a la petición de la guarda para adopción no rige para los nacionales ni personas naturalizadas

en el país, solucionando las justas críticas esgrimidas a la prohibición general sin excepción del código vigente. También se alude de manera expresa a la necesidad de inscripción previa en el registro de adoptantes, amén de su regulación en una ley especial y complementaria. Se disminuye la edad para adoptar a 25 años y se aclara que si se trata de una adopción conjunta, este requisito debe ser cumplido al menos por uno de ellos, no siendo necesario que lo posean ambos. Se mantiene el principio de que si una persona está casada –ampliándose a la convivencia- ambos deben adoptar. Como excepción, se mencionan los supuestos de personas casadas o convivientes en el que adopta uno solo de ellos; también se prevén de manera expresa supuestos especiales de adopción conjunta de personas que al momento de otorgarse la adopción ya no se encuentran casadas o en unión convivencial, siempre teniéndose en cuenta el principio del interés superior del niño. Se mejora la redacción del supuesto especial de fallecimiento de uno de los guardadores durante el proceso y también se prevé, de manera expresa, que en ese supuesto y fundado en el derecho a la identidad, se puede petitionar agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido, en consonancia con la mayor flexibilidad del régimen del apellido en la adopción que se recepta en la reforma.

El proyecto recepta una práctica consolidada (la declaración judicial de situación de adoptabilidad) como un procedimiento con reglas propias para demarcar correctamente el rol de la familia de origen y de la pretensa adoptante en todo el proceso hasta la adopción de un niño. En el proceso de declaración judicial de la situación de adoptabilidad, la familia de origen tiene un rol fundamental.

Se enumeran de manera precisa los tres supuestos fácticos y jurídicos que podrían dar lugar a la declaración judicial de situación de adoptabilidad: 1) niños sin filiación establecida o progenitores fallecidos, siempre que se haya agotado la búsqueda de familiares en un plazo determinado con posibilidad de prórroga; 2) decisión libre e informada de los padres de que su hijo sea adoptado, manifestación que no puede ser expresada dentro de los 45 días de nacido el niño, y siempre que se hayan agotado las medidas tendientes a que el niño permanezca en su familia de origen y 3) comprobación judicial, previo dictamen del organismo administrativo interviniente, de que las medidas excepcionales dictadas y trabajadas en el marco del sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes en los plazos que establece la ley 26.061 no dieron resultado positivo, por lo cual el niño no puede regresar a su familia de origen o ampliada. De este modo, el anteproyecto armoniza con la ley 26.061 y procura que todas las partes que

intervienen gocen de las debidas garantías constitucionales, tanto en los procedimientos administrativos como en los procesos judiciales conducentes a la adopción de un niño (conf. Opinión Consultiva 17, CIDH).

Se establece quienes son los sujetos que intervienen en el proceso de declaración judicial en situación de adoptabilidad y en qué carácter. Se fijan las reglas del procedimiento relativas a la competencia, la entrevista obligatoria del juez con los padres si es posible, y la remisión de los legajos para acelerar los tiempos en la elección de los pretendientes adoptantes y el efecto de la sentencia. De este modo, la declaración judicial en situación de adoptabilidad es regulado como un proceso autónomo –el más breve que prevea la ley local- con reglas precisas que respetan los derechos de los principales involucrados en esta primera etapa: el niño y sus progenitores. Se dispone expresamente que la sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial de situación de adoptabilidad; la finalidad es unificar criterios y acelerar los tiempos, de modo tal que cuando los progenitores han sido privados de la responsabilidad parental, el niño se inserte lo antes posible en otra familia a través de la institución de la adopción.

Se introducen modificaciones al proceso judicial de guarda para adopción, en atención a que se regula un proceso judicial previo de declaración judicial en situación de adoptabilidad en el cual la familia de origen tiene plena participación, ya la finalidad de este proceso reside en la selección de los pretendientes adoptantes y la vinculación de éstos con el niño. Por lo cual, aquí los progenitores ya no tienen participación. De este manera, el proceso de guarda con fines de adopción es más sencillo, en tanto tiende a seleccionar al o los pretendientes adoptantes y lograr su vinculación con el niño. De conformidad con la relevancia del factor tiempo en este tipo de procesos, se pone de manifiesto de manera expresa que, inmediatamente al dictado de la sentencia que declara la situación de adoptabilidad, se debe dar inicio al proceso de guarda con fines de adopción.

El anteproyecto prevé que es dentro del proceso de guarda para adopción en el cual el juez debe evaluar y seleccionar a los pretendientes adoptantes de una nómina que remite el registro de adoptantes y, una vez seleccionado el más apto, se debe llevar adelante todas las medidas conducentes para la vinculación entre estos y el niño. Para tal fin, u otras actividades que sean pertinentes, el juez requiere la colaboración del órgano administrativo que intervino en el proceso de declaración de la situación de adoptabilidad, el que también tiene la posibilidad de comparecer espontáneamente.

El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de personas que tienen vínculo de parentesco o afectivo con el niño. De todos modos, aún en este caso se requiere la correspondiente declaración de situación de adoptabilidad, como así también estar debidamente inscripto en el registro de adoptantes pertinente siendo esta omisión una causal de nulidad absoluta. En suma, los pretendidos adoptantes deben, necesariamente, estar inscriptos y haber sido evaluados en los registros respectivos de cada jurisdicción, siendo el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y los equipos técnicos de los organismos de protección los que proponen los mejores postulantes a las autoridades judiciales. Consecuentemente, se rechaza la práctica conocida como “pacto de entrega directa”, materializada fuera de todo ámbito institucional, administrativo o judicial, que reduce a los niños y niñas a la condición de objeto de transacción –onerosa o gratuita- a través de mecanismos irregulares o ilegales, de un modo más o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos humanos fundamentales.

Se establece quién es el juez competente en el proceso y se determinan pautas para la elección de los guardadores. Se disminuye el plazo máximo de guarda para adopción a 6 meses. Se señala que ni bien se termina el plazo de guarda para adopción, se debe iniciar el juicio de adopción, de conformidad con el mencionado factor tiempo.

Se fija la competencia del juez que entiende en el proceso de adopción, otorgándose dos posibilidades: a) el del juez que entendió en la guarda para adopción o b) el del juez correspondiente al centro de vida del pretense adoptado, a elección de los pretendidos adoptantes, si el traslado del niño fue tenido en miras en la decisión que otorgó la guarda. Se modifican algunas reglas del proceso en lo relativo a la intervención del pretense adoptado que cuenta con edad y grado de madurez en carácter de parte y con la correspondiente asistencia letrada; y también fundado en el derecho a la participación de niños y adolescentes, la necesidad de contar con el consentimiento si cuenta con 10 o más años de edad.

Una de las principales reformas que se introducen al presente Título, se refiere al reconocimiento de tres tipos de adopción: plena, simple y de integración. La última ya había sido regulada, pero de manera poco sistemática en la ley 24.779, por lo que el

anteproyecto le otorga entidad propia, al presentar varias particularidades que obligan a considerarla un tipo filial diferente, con caracteres particulares.

Se define cada una de estos tres tipos de adopción introduciéndose cambios en su morfología; la modificación sustancial es la mayor flexibilidad que se le otorga a adopción plena como a la simple en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas. De este modo, es facultad de los jueces, según la circunstancia fáctica y en interés del niño, mantener subsistente el vínculo con algún pariente (por ejemplo, en la adopción plena con los hermanos que no puedan ser dados en adopción a los mismos adoptantes) y en la adopción simple, generar vínculo jurídico con determinados parientes del o los adoptantes (por ejemplo, con los ascendientes del o los adoptantes). Otra modificación se refiere a la conversión de la adopción simple en plena por razones fundadas, generando efectos la sentencia para el futuro.

Se mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena, pero se permite la acción de filiación o el reconocimiento posterior a su otorgamiento sólo a los efectos de posibilitar el derecho alimentario y sucesorio a favor del adoptado, sin verse alterados los otros efectos derivados de la adopción.

También se regula sobre el prenombre del adoptado, el que, como regla, debe ser respetado el que viene dado de su familia de origen y sólo de manera excepcional, se permite el cambio de conformidad con las reglas generales para el prenombre o por el uso mantenido de un determinado prenombre con el cual el adoptado forjó su identidad.

Se introducen modificaciones al régimen del apellido de los hijos adoptivos en forma plena fundado en el respeto por el derecho a la identidad. En este sentido, si bien se mantiene como principio que el adoptado lleva el apellido del adoptante o adoptantes en el orden que ellos acuerden como en el caso de los hijos matrimoniales, por excepción, se habilita al adoptado que cuenta con edad y madurez suficiente y a los adoptantes, a petitionar que se agregue o anteponga el apellido de origen al adoptivo fundado en el derecho a la identidad.

Se introducen modificaciones tendientes a mejorar y aclarar qué efectos se derivan de la adopción simple, tanto en lo que respecta a la familia de origen como a la adoptiva, tales como: a) la titularidad y ejercicio se transfieren a los adoptantes; b) la familia de origen tiene derecho a comunicarse con el adoptado y c) el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando no pueda proveérselos la familia adoptiva.

Se mantiene la posibilidad de reconocimiento y acción de filiación posterior al otorgamiento de la adopción simple y se deja expresado que estas situaciones no alteran los efectos jurídicos que se derivan de este tipo adoptivo.

Se mantiene la posibilidad de revocación y sus causales, previéndose cómo incide esta decisión judicial en el apellido del adoptado. Al respecto, como regla, el adoptado pierde el apellido adoptivo pero puede ser autorizado por el juez a conservarlo fundado en el respeto por el derecho a la identidad, excepto que la revocación hubiere sido por causas imputables al adoptado.

Por último, se regula la adopción de integración de manera integral y unificada en una misma sección. De este modo, las diferentes excepciones de fondo como procedimentales que existen en el derecho vigente, se encuentran sistematizadas y ordenadas. En este sentido se establece: la no necesidad de estar inscripto en el registro de adoptantes; la no aplicación de las restricciones en materia de guarda de hecho, la no exigencia de declaración judicial en estado de adoptabilidad y la falta de otorgamiento de guarda para adopción.

A los fines de alcanzar una regulación más clara, el anteproyecto aborda en dos artículos diferentes los dos tipos de relaciones jurídicas que involucra la adopción de integración: a) el vínculo del adoptado con su progenitor de origen y b) el vínculo entre adoptado y adoptante. Como se destacó, la adopción de integración puede ser otorgada en forma simple o plena según la situación fáctica que se presente y siempre en el interés del adoptado. Se prevé de manera expresa la revocación de la adopción de integración, sea esta de carácter simple o plena, ya que en ambos casos el vínculo jurídico con el progenitor de origen sigue vigente y no se ve afectado por la revocación.

Se incorporan algunas modificaciones en las causales de nulidades para ser coherente con las modificaciones de fondo que se introducen en este Título entre las que se destacan como causal de nulidad absoluta: 1) la falta de declaración en situación de adoptabilidad, 2) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes correspondiente y 3) la falta de consentimiento del pretense adoptado mayor de diez años, a petición exclusiva de éste.

Título VII: “Responsabilidad parental”

La incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (artículo 75, inc. 22, Constitución Nacional) ha tenido también un fuerte impacto en las relaciones padres e hijos.

La igualdad de derechos entre hombre y mujer se encuentra expresamente consagrada respecto a la crianza y educación de los hijos en el artículo 16 de la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, con el objeto de satisfacer el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores tras la ruptura de la unión entre los adultos (artículos 9 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Por otro lado, la regla de la *autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes* ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo *“la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”* (artículo 5, Convención sobre los Derechos del Niño) para que pueda *“estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad”* (Preámbulo de la convención citada). También se debe tener en cuenta que la noción de “adolescencia” tiene entidad o conceptualización jurídica, al ser considerada tal toda persona menor de edad entre los 13 y los 18 años.

Como se dijo antes, 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” como acontece, por ejemplo, en el Reglamento del Consejo Europeo nº 2201/03 del 27/03/2003 – también denominado “Nuevo Bruselas II”- se refiere a la “Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”; la ley 26.061 y varias legislaciones locales receptan de manera genérica la expresión “responsabilidad familiar” al regular los derechos y deberes de los padres, todo lo cual justifica su incorporación al Código Civil.

Si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor responde a este principio es el del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, convivan o no los progenitores. Producida la ruptura, se pretende que ella incida lo menos posible en la relación padres e hijos. Por ello, si cuando los progenitores convivían, ambos podían realizar los actos cotidianos de manera indistinta, presumiéndose que lo realizado por uno cuenta con la anuencia del otro. Este mismo sistema puede ser sostenido después de la ruptura de la pareja. La reforma deroga la regla del sistema unipersonal vigente en los supuestos de separación que ha dado lugar a la siguiente situación: uno de los progenitores (por lo general la madre) se queda a cargo del hijo y al otro progenitor le queda un rol secundario y periférico; ambos roles se muestran estereotipados y rígidos (madre cuidadora- padre proveedor), que no es acorde con la compleja realidad familiar.

La responsabilidad parental compartida tiene un alto valor simbólico; la sola expresión contribuye a que ninguno se sienta apartado ni excluido, más allá de que el sistema previsto en la reforma prevé o permite que los progenitores puedan acordar otro sistema o, incluso, ser decidido por el juez cuando ello sea en el mejor interés del hijo. El ejercicio compartido de la responsabilidad cuando los padres se separan es el principio rector que adopta una gran cantidad de países en el derecho comparado, por ejemplo, Brasil (Código Civil, artículo 1631), El Salvador (Código de Familia, artículo 207), Paraguay (Código Civil, artículo 70), España (Código Civil, artículo 92); Francia (Código Civil, artículo 372.2) e Italia (Código Civil, artículo 155).

El Anteproyecto también modifica el principio rígido según el cual esta función no puede ser ejercida por el progenitor que fue declarado tal por decisión judicial (por ejemplo, a través de una acción de reclamación de la paternidad), y admite que sea ejercida por ambos progenitores, por acuerdo de partes o por decisión judicial fundada en el interés superior del niño.

En concordancia con lo expresado, se deroga la preferencia materna de la tenencia de los hijos menores de cinco años porque tal prioridad: (a) viola el principio de igualdad; (b) reafirma los roles rígidos y tradicionales según los cuales las madres son las principales y mejores cuidadoras de sus hijos; (c) es contradictorio con la regla del ejercicio de la responsabilidad parental compartida; (d) es incompatible con la ley 26.618.

La experiencia social y la praxis judicial muestran una significativa cantidad de casos en los que, por diversas circunstancias, los progenitores dejan a sus hijos al

cuidado de un tercero (familiar o no, como, por ejemplo, un vecino). Estas situaciones no han sido previstas expresamente por el ordenamiento jurídico que sólo aporta soluciones drásticas para aquellos supuestos en que la separación del niño de su familia nuclear tiene visos de permanencia, como son la adopción o la tutela. El Anteproyecto cubre este vacío al reconocer efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, por delegación conjunta de ambos progenitores o de uno de ellos. Dada la importancia e implicancias que tiene esta delegación y la necesidad de dar seguridad al niño y a los “delegatarios”, se establece: (a) un tiempo determinado, con el objeto de evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades parentales; (b) la homologación judicial, en consonancia y analogía con el sistema que crea la ley 26.061 y legislaciones provinciales afines según el cual toda medida de separación del niño de su familia debe serlo con el correspondiente “control de legalidad” (conf. artículo 40, 2do párrafo).

La doctrina nacional critica el sistema vigente que prioriza la figura de la tutela por parte de un abuelo sobre su nieto en lugar de admitir el ejercicio de la responsabilidad parental –con ciertas limitaciones - por los progenitores menores de edad. Es más, el actual artículo 264 bis del Código Civil sostiene que aun cuando uno de los progenitores llegue a la mayoría de edad, se sigue prefiriendo la tutela a favor de un abuelo si es que el niño no convive con este padre que ya alcanzó la plena capacidad civil. Este sistema rígido tiene los siguientes inconvenientes: (a) excluye a los progenitores menores de edad de la posibilidad de reafirmar su rol de padres; (b) viola el derecho de los niños a permanecer y vincularse jurídicamente con sus progenitores cuando éstos son menores de edad no emancipados; (c) crea una desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales desde que si los progenitores menores de edad celebran matrimonio, acto que poco tiene que ver con la madurez o aptitud para criar un hijo, *ipso iure*, se los considera hábiles o aptos para asumir tal rol. El Anteproyecto regula un régimen de ejercicio de la responsabilidad parental limitada por los progenitores adolescentes, con independencia de que éstos hayan o no contraído matrimonio. Se funda en el principio de autonomía progresiva y reconoce que los progenitores adolescentes pueden llevar adelante los actos de la vida cotidiana de los hijos, siendo ellos los protagonistas y principales responsables de dicha crianza con ciertas limitaciones referidas a los actos de gravedad o envergadura, para los cuales se requiere el asentimiento de cualquiera de los progenitores de los padres adolescentes, sin la necesidad de que uno de ellos deba ser designado previamente tutor de su nieto.

El Anteproyecto, al igual que varias leyes del derecho comparado, enumera los diferentes deberes y derechos de los progenitores destacándose, a modo de límite, el respeto por la autonomía progresiva del hijo, en especial cuando se trata de derechos personalísimos. Se deroga el llamado “poder de corrección” por ser ésta una facultad más acorde con la noción de “patria potestad”; en cambio, se regula el derecho deber de los progenitores de “prestar orientación y dirección”, y se expresa que para esta labor se requiere un “intercambio con el hijo de acuerdo con cada etapa de su desarrollo”.

Se diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal del hijo. El cuidado personal es uno de los deberes y derechos de los progenitores que se derivan del ejercicio de la responsabilidad parental y atañe a la vida cotidiana del hijo. En caso de ruptura de la pareja (matrimonial o unión convivencial), el cuidado personal (término que reemplaza el de “tenencia”, criticado mayoritariamente por la doctrina) puede ser compartido (regla) o unilateral (excepción).

El régimen compartido admite dos modalidades: el alternado (que supone que el hijo convive un tiempo con cada uno de los progenitores) y el indistinto (según el cual ambos progenitores realizan las labores según las necesidades del grupo familiar, con independencia del lugar donde el niño reside principalmente). Este Anteproyecto privilegia el último de los mencionados, por considerar que es el que respeta mejor el derecho constitucional del hijo a "*mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular*" (artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño), reafirmandose el principio de “coparentalidad”. Hasta ahora, la custodia personal compartida (mal llamada “tenencia compartida”) ha ingresado en la práctica a través de los acuerdos de los progenitores celebrados tras la ruptura de la pareja (matrimonial o no) por aplicación del principio de la voluntad cuyo límite es “el interés superior del niño” (conf. artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la ley 26.061).

El Anteproyecto respeta la libertad de los padres para decidir cómo organizar la convivencia con el hijo, pero además orienta al juez en que la regla debe ser la custodia compartida bajo la modalidad indistinta; en este sentido, sigue la tendencia prevaleciente en el moderno derecho de familia comparado tal como surge de la legislación vigente en España, Bélgica, Francia, Inglaterra y Gales, Italia, República Checa, Suecia, diversas jurisdicciones de los Estados Unidos, Uruguay, Brasil, etc. De conformidad con lo expresado, se incentiva a los progenitores a elaborar un “plan de parentalidad” tras la ruptura de la pareja; autonomía que la ley vigente prevé expresamente sólo para los hijos matrimoniales y los supuestos de divorcio de los padres por presentación conjunta

(artículo 236 del Código Civil). Con fines pedagógicos, se señalan los diversos aspectos que ese plan puede contener.

En casos extremos, por decisión judicial, la guarda puede ser otorgada a un tercero. El Anteproyecto suple la actual carencia de normativa y regula la facultad de los jueces de apartar, excepcional y temporalmente, a un niño de su familia nuclear cuando se verifica que su permanencia en este medio familiar resulta contraria a su interés superior. En definitiva, se trata de regular las consecuencias jurídicas de medidas excepcionales como las previstas en los artículos 39 y siguientes de la ley 26.061, que implican que el niño permanece transitoriamente en medios familiares alternativos. De este modo, al establecer los deberes y derechos de los guardadores, se otorga seguridad jurídica a este tipo de situaciones complejas.

La obligación alimentaria es uno de los deberes a cargo de los progenitores que ha tenido una importante evolución doctrinal y jurisprudencial gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), hoy con rango constitucional.

El Anteproyecto prevé que la obligación alimentaria puede ser cumplida en dinero o en especie, según las posibilidades del o los alimentantes y las necesidades del alimentado, tal como acontece en la práctica. Reconoce, en forma expresa, el valor económico de las tareas personales que realiza el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del hijo, por lo que debe ser considerado un aporte. También se regula la especial situación de la obligación alimentaria en los casos de custodia personal compartida en su modalidad alternada, estableciéndose que si los recursos de ambos progenitores son equivalentes, cada uno se hace cargo de la manutención del hijo durante el tiempo que permanezca con cada uno de ellos; de lo contrario, se deberá tener en cuenta el caudal económico de cada uno.

Uno de los temas más debatidos después de la sanción de la ley 26.579 (que establece la mayoría de edad a los 18 años) es el relativo a la extensión de la obligación alimentaria hasta los 21 años, en particular, cuando los hijos continúan conviviendo con uno de los progenitores. Como regla, el deber alimentario se extiende hasta los 21 años de edad; nada debe probar el hijo que los reclama; es el padre que intenta liberarse el que debe acreditar que el hijo mayor de edad puede procurárselos. Ahora bien, dado que los alimentos deben cubrir algunos gastos del hogar, el Anteproyecto concede legitimación al progenitor conviviente para obtener la contribución del otro al sostenimiento de dichos gastos pues de lo contrario ellos recaerían exclusivamente sobre el progenitor

conviviente. Otra solución consiste en que las partes de común acuerdo, o el juez a pedido de parte, fije dos sumas: una para ser percibida por el progenitor conviviente para cubrir los referidos gastos; la otra para ser percibida por el hijo para solventar sus gastos personales.

El Anteproyecto también regula el caso de los alimentos a los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios, supuesto especial que ya ha sido reconocido jurisprudencialmente en algunas oportunidades. El derecho comparado conoce varias soluciones; en algunos países, se otorgan sin límite de edad, como en Francia, Italia, Suiza, España; en otros, se fija un tope etario como en Panamá, Chile, Nicaragua, Perú, San Salvador, Costa Rica, Ecuador, etc. El Anteproyecto sigue esta última tendencia a los fines de lograr un equilibrio entre los derechos en pugna y el posible abuso en el mantenimiento de los hijos mayores de edad.

Otro supuesto contemplado en varias legislaciones del moderno derecho comparado es el de los alimentos a favor de la mujer embarazada, a quien se legitima para solicitar esa prestación al presunto padre. Esta es la línea legislativa que siguen, entre otros, el Código Civil francés (artículo 371-4), el Código Civil suizo (artículo 274); el Código de Familia de El Salvador (artículo 217) y el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (artículo 148).

El Anteproyecto también responde a los avances doctrinales y jurisprudenciales al reglar la posibilidad de solicitar alimentos provisorios a favor del hijo no reconocido en el marco de un proceso de reclamación de paternidad, o aun antes cuando se acredita la verosimilitud del derecho.

Otras cuestiones debatidas en la doctrina y la jurisprudencia son resueltas expresamente: se admite la posibilidad de reclamar alimentos contra el obligado principal (los progenitores) y simultáneamente a los ascendientes, debiéndose acreditar *prima facie* la dificultad del primero para cumplir con la obligación a su cargo. Se establece la retroactividad de la decisión que resuelve sobre los alimentos, disponiéndose que son debidos desde el reclamo judicial o extrajudicial (entendiéndose que también involucra la mediación en aquellos ámbitos en los cuales este tipo de resolución pacífica de conflictos es previa y forma parte de todo reclamo alimentario), siempre que este reclamo extrajudicial se hubiera realizado dentro el año anterior a la iniciación de la demanda, evitándose así pretensiones abusivas. Se reconoce el derecho del progenitor que realizó gastos que eran a cargo del otro progenitor a solicitar el reembolso de tales erogaciones.

Varias disposiciones receptan el principio fundamental de autonomía progresiva. En este contexto, enumera de manera concreta diferentes deberes a cargo de los hijos, entre otros: (a) respeto de sus progenitores; (b) cumplir con las decisiones asumidas por sus principales responsables cuando ellas no sean contrarias a su interés superior; (c) prestar colaboración de acuerdo con su edad y grado de madurez; (d) cuidar de los ascendientes en todas las circunstancias en las que sea indispensable contar con su auxilio. Se sustituye el deber de “obediencia” de los hijos por el de cumplir con las decisiones asumidas por los progenitores en su beneficio, por ser ésta más acorde con la noción de “responsabilidad parental” receptada en el Anteproyecto.

Una gran cantidad de disposiciones del Anteproyecto exigen recabar la opinión de los niños, niñas y adolescentes, agregándose que esta manifestación debe ser valorada de conformidad con la edad y el grado de madurez. En consonancia con el principio de autonomía progresiva, se recepta la siguiente relación inversamente proporcional: “a mayor desarrollo madurativo disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos” (conf. artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061). Siguiendo las recomendaciones internacionales, no se establece una edad para que los niños sean escuchados, siendo ésta un elemento a ser tenido en cuenta sólo a los fines de la valoración.

Uno de los temas que más debates ha generado en la ley 26.061 es el relativo a la defensa técnica de niños y adolescentes mediante su intervención o participación activa, con su propio patrocinio letrado, cuando existen intereses contrapuestos con los de sus progenitores. El Anteproyecto permite la actuación del “abogado del niño” cuando los niños y adolescentes lo soliciten de manera expresa, y en determinados supuestos o situaciones especiales, en particular, cuando involucre a hijos adolescentes.

Sobre la base del mencionado principio de “democratización de la familia”, el Anteproyecto regula ciertos aspectos que involucran a la llamada “familia ensamblada”, es decir, aquella estructura familiar originada en el matrimonio o en las convivencias de pareja, en la cual uno o ambos tienen hijos, nacidos con anterioridad a esta unión. De este modo, se alude a las situaciones de segundas nupcias de viudos/as y divorciados/as, y aquellas otras en las cuales uno de los cónyuges es soltero y el otro viudo o divorciado. Un capítulo particular se dedica a las funciones, derechos y deberes de los llamados “progenitores afines”. 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.

En primer lugar, se reconoce el deber del cónyuge o conviviente de un progenitor a cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, así como la facultad de realizar actos de la vida cotidiana de estos niños, como, por ej., firmar boletines, autorización para salidas extracurriculares, anotarlo en torneos recreativos, etcétera, destacándose que esta “colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental” que continúa en cabeza de los progenitores. Se reconoce el vínculo afectivo que se genera entre el progenitor y los hijos de su pareja cuando conviven, otorgando ciertos derechos a los primeros sin excluir los derechos y deberes de los progenitores como principales responsables de los hijos. En este sentido, se prevé la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental a favor del progenitor afín cuando el o los progenitores no se encuentren en condiciones de cumplir plenamente con las funciones a su cargo por diversas razones como ser viajes, enfermedad, etc. Por las implicancias jurídicas que se derivan, y en la misma línea que acontece en la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a un tercero, el Anteproyecto prevé que este acuerdo sea homologado judicialmente, salvo que el otro progenitor –el que no delega, el no conviviente- esté de acuerdo con este traspaso temporario de responsabilidades. Se admite el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental entre el progenitor que tiene a su cargo el cuidado del hijo y su pareja matrimonial o conviviente sobre el hijo del primero que vive con ambos. Este acuerdo: (a) exige homologación; (b) si existe algún desacuerdo, se prioriza la decisión del progenitor del niño; (c) se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial.

Desde una perspectiva sistémica e integral, algunas modificaciones sustanciales en aspectos personales tienen incidencia en los de carácter patrimonial; de allí que el principio de autonomía progresiva también se extiende a este último ámbito. El Anteproyecto introduce varias modificaciones en el plano patrimonial de la responsabilidad parental, destacándose por su relevancia los siguientes: (a) la presunción de que los hijos adolescentes cuentan con madurez suficiente para estar en juicio conjuntamente con sus progenitores y aun de manera autónoma; (b) la posibilidad de que un hijo adolescente pueda iniciar acción civil a pesar de la oposición de sus progenitores; (c) la facultad de los hijos menores de edad de reclamar contra sus progenitores por sus propios intereses, sin previa autorización judicial si cuentan con madurez suficiente; (d) la

celebración de contratos por parte de los progenitores en nombre de los hijos, pero dándoles a éstos la debida participación e información y (e) la presunción de que los hijos mayores de 16 que ejercen oficio, profesión o industria están autorizados por sus progenitores para realizar válidamente actos relativos a esta labor.

Se deroga la figura del usufructo paterno porque si los hijos son sujetos de derechos diferentes a sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos. De este modo, la regla es que la renta de los bienes de los hijos le corresponde a éstos, no debiéndose confundir con los bienes de los progenitores; sólo de manera excepcional, los progenitores pueden disponer de ellas previa autorización judicial y por razones fundadas en beneficio de los hijos, debiéndose rendir cuenta. Esta autorización no es necesaria cuando las rentas se destinen para gastos para la subsistencia y educación del hijo, los gastos derivados de la administración de estos fondos y gastos de enfermedad o entierro de los hijos.

Se reconoce la facultad de los hijos de celebrar por sí ciertos contratos cuando se trata de transacciones de escasa cuantía y pagados en efectivo relativos a la vida cotidiana, presumiéndose que son celebrados con la conformidad de los progenitores.

Los supuestos de extinción de la responsabilidad parental se modifican para estar en consonancia con los cambios propuestos en otras instituciones que se vinculan de manera directa con la responsabilidad parental, como la emancipación. Si bien la emancipación por matrimonio – única que recepta la ley vigente- produce la plena capacidad civil, no lo es a los fines del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los progenitores adolescentes, de conformidad a los fundamentos ya esgrimidos. El Anteproyecto aclara de manera expresa que la adopción de integración – se trate de un matrimonio o unión convivencial - no extingue la responsabilidad parental del progenitor con el cual se tiene vínculo jurídico previo. Se restringen los supuestos de privación de la responsabilidad parental, derogándose la posibilidad de que se extinga *ipso iure* por las consecuencias o situaciones negativas que hayan acontecido con otros hijos, siendo necesario indagar en cada caso si se observan o no las causales de privación con cada hijo, con independencia de lo sucedido con el resto de los hijos. Se limita el supuesto de privación para las situaciones de peligro a la salud física y psíquica del hijo, derogándose la noción de “moralidad” a la cual alude el texto vigente, siendo éste un concepto vago e indeterminado contrario a la mirada estricta con la cual se debe analizar la figura de la privación de la responsabilidad parental.

Se señala de manera expresa que la privación tiene efectos a partir de la sentencia que la declara, excepto cuando se deriva de la declaración judicial en estado de adoptabilidad, que rige desde esta decisión.

Se introducen modificaciones a los supuestos de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental en consonancia con los principios y propósitos que inspiran la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y la ley 26.657. El Anteproyecto reconoce que una persona puede sufrir la limitación de su capacidad para ciertos o determinados actos pero eso no significa la automática imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental sobre sus hijos; de este modo, se deroga la suspensión de pleno derecho del ejercicio de la responsabilidad parental que la declaración de insania o capacidad restringida producen en el régimen actual.

Título VIII: “Procesos de familia”

El Anteproyecto sigue la línea legislativa del Proyecto de 1998 que regula en un Título especial cuestiones relativas a las acciones de estado de familia, pero de un modo más amplio, extendiendo el Título no sólo a este tema sino también a los procesos de familia en general. En este sentido, se enumeran los principios generales de los procesos de familia, surgidos de los principales avances y consideraciones esgrimidas a la luz del derecho procesal constitucional de la familia.

Se cita, en primer lugar, el principio de tutela judicial efectiva, que comprende el acceso a la justicia, el de economía y el de celeridad procesal, recogándose así el valor y entidad que se otorga a este principio en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad, todo en relación directa con los principios de intermediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad y oralidad.

Se afirma la especialidad del fuero de familia y la consecuente necesidad de que los tribunales estén conformados con equipo multidisciplinario; se reitera la aplicación obligatoria del principio del interés superior del niño en todo proceso en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes.

Se regula la participación de éstos y de las personas con discapacidad, no sólo en lo relativo al derecho a ser oídos en su aspecto formal o como sinónimo de escucha de manera personal, sino también en lo que hace a la defensa técnica a través de un patrocinio letrado propio.

En disposiciones particulares se prevén otras reglas, tales como el acceso limitado al expediente, la oficiosidad y gratuidad, previéndose las excepciones.

También están presentes la libertad y flexibilidad probatoria, receptándose el principio de las cargas dinámicas y, de conformidad con la especialidad de los asuntos de familia, la posibilidad de que parientes y allegados puedan ser ofrecidos como testigos, facultándose al tribunal a no admitir la declaración de personas menores de edad.

Se receptan las nociones de irrenunciabilidad, imprescriptibilidad –que no excluye la caducidad - e inherencia personal de las acciones de estado de familia.

Se regulan las reglas de competencia relativa a diferentes procesos de familia, entre otros: procesos en los que se deciden de modo principal derechos de niños, niñas y adolescentes (guarda, custodia, régimen de comunicación y alimentos); derivadas de las uniones convivenciales; los alimentos entre cónyuges y las acciones de filiación cuando involucra a personas mayores de edad. Tratándose de derechos de niños, niñas y adolescentes, el elemento central para la fijación de la competencia es el lugar en el cual ellos tienen su centro de vida, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la ley 26.061 y jurisprudencia consolidada en este sentido. Se resuelve un tema discutido, como es el del juez competente en la liquidación de la sociedad conyugal cuando uno de los dos ha sido declarado en concurso o quiebra. El Título dedicado al derecho internacional privado completa estas disposiciones para los supuestos en los que interviene algún elemento extranjero.

Se omite la regulación de los recursos, por cuanto la conformación de los tribunales en cada provincia difiere sustancialmente.

Se regulan las medidas provisionales de carácter personal y patrimonial, en el marco del proceso de divorcio y de nulidad de matrimonio, o incluso antes de iniciarse, en razón de urgencia. Se extiende la posibilidad del dictado de medidas provisionales a los casos de uniones convivenciales, si ello correspondiere.

VI) LIBRO TERCERO: Derechos personales

TÍTULO I: “Obligaciones en general”

1. El concepto de obligación

Los miembros de la Comisión y todos los especialistas que fueron consultados coincidieron en la conveniencia de un concepto normativo de obligación. Por ello se comienza diciendo que es "una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés".

La definición propuesta pone de manifiesto los rasgos más relevantes de la figura y remarca, además, la verdadera estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el débito y la responsabilidad como tramos de una misma relación obligatoria. Tiene implicancia normativa en cuanto conduce a descartar el carácter obligacional de las denominadas obligaciones naturales, categoría cuya supresión se propone, por considerar que no son verdaderas obligaciones por defecto de exigibilidad.

En este aspecto, hay un apartamiento del Proyecto de 1998 que decidió mantenerlas, y un seguimiento de otra tendencia, que considera que se trata de “deberes morales” y no jurídicos. La consecuencia de la irrepetibilidad se funda en razones de paz e interés social, más que en función y base estrictamente jurídica. En consecuencia se dice que lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepetible.

2. La regulación de la causa del acto jurídico, de la obligación y del contrato

2.1. Método

Una de las cuestiones que ha sido debatida en la doctrina es la ubicación del tratamiento del objeto y de la causa.

El Proyecto de 1998 incorpora dentro de los actos jurídicos la regulación del objeto (artículo 251) sin definirlo, elementos prohibidos y convalidación (artículos 251 y ss.); en relación a la causa (artículos 253 y cc.) sin definirla, se refiere a la causa lícita, presunción de causa, falsedad, relevancia de los motivos, frustración de causa. En las obligaciones trata la causa fuente (obligación sin causa, artículo 674). En los contratos regula el objeto sin definirlo, y se remite al Libro II, Título IV, Capítulo 2, Sección 2º, es decir, al objeto de los actos jurídicos; luego la causa, sin definirla, reenvía a la causa de los actos jurídicos y trata la necesidad de causa, presunción, falsedad, ilicitud.

A este método se le ha criticado la repetición, la dificultad que generan las remisiones, y que además no resuelve las discusiones de la doctrina y jurisprudencia acerca de la causa fuente, fin, objeto, motivo, etcétera.

El Proyecto de 1993 (PEN) regula los actos jurídicos incluyendo dos breves normas sobre la prohibición del objeto y el plazo; dedica más sustancia a la causa (artículos 579 y ss.) fines lícitos, alteración de la causa, móviles. Estos temas son tratados centralmente en materia contractual, donde regula el objeto (artículo 874, coordinado con la noción de objeto de los actos jurídicos), luego la causa y la forma.

En otros modelos, que no tienen disposiciones importantes sobre actos jurídicos, la regulación del objeto y la causa se concentra en el título de los contratos. En cuanto al derecho comparado tenemos el Código de Quebec que define y regula el objeto y la causa en la teoría general del contrato (artículos 1410 a 1413). Entre los proyectos recientes que circulan en Europa, está la "Propuesta para la modernización del Derecho de las Obligaciones y Contratos" para España, 2010, dirigido por el Profesor Luis Díez Picazo, artículo 1238, ap. 1 y 2. Lo propio acontece con el Anteproyecto de reforma del Código Civil francés (Proyecto Catalá) que incluyen ambos temas en la teoría general del contrato (objeto, artículos 1121 a 1123 y causa en los artículos 1124 a 1126-1).

Las diferentes opciones fueron ampliamente discutidas en la Comisión y entre los juristas que han colaborado y se ha adoptado un método que se considera adecuado a la tradición jurídica argentina y latinoamericana.

El primer elemento a tener en cuenta es que hay una regulación del acto jurídico. Esta decisión importa que el acto jurídico sea un género, en el que se deben incluir las disposiciones generales sobre el objeto y la causa, mientras que en obligaciones y contratos, corresponde incluir normas de aplicación específica. Por lo tanto, las nociones referidas son aplicables a toda clase de actos, evitándose la pluralidad y superposición de normas. De lo contrario, habría que regular una causa para el acto, otra para el contrato y otra para los testamentos, lo que sería incoherente con un Código que regula al acto jurídico pues la especie se volvería género.

El segundo elemento es que se evita, en lo posible, dar definiciones que son propias de la doctrina. En consecuencia, lo que interesan son las reglas y su grado de generalidad, lo cual permite ajustar cada una de ellas al ámbito en que se aplican.

Para ayudar a comprender con más claridad cómo ha quedado resuelta esta cuestión, desarrollaremos seguidamente los principales aspectos.

2.2 Objeto. Actos jurídicos. Obligaciones. Contratos

No se define el objeto del acto ni de las obligaciones ni del contrato, ya que es una labor doctrinal. Se incluye una regla general en materia de actos jurídicos que luego se va repitiendo con mayor especificidad en los distintos supuestos.

En actos jurídicos se dice que no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se hubiese prohibido que lo sea.

En este aspecto cabe resaltar la referencia a la dignidad humana como límite del objeto que comprende una gran cantidad de supuestos que han sido tratados por la doctrina argentina. Se afirma también que el acto jurídico es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.

El artículo 725 se refiere a la prestación, que constituye el objeto de la obligación, y dice que debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor. Se han tomado como fuentes los artículos 675 del Proyecto de 1998, 714 del Proyecto de 1992 y 1174 del Código Civil italiano.

El artículo 1003 dispone que se aplican al objeto del contrato las disposiciones del Libro Segundo, Título IV, Capítulo 2, Sección 2ª. Debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial. Luego se regula el objeto prohibido del contrato, su determinación, la contratación sobre bienes futuros, ajenos, litigiosos, y los vínculos de larga duración.

2.3. Causa fin. Acto jurídico

En cuanto a los actos jurídicos se dice que "la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes".

De esta definición surge con toda claridad que la causa fin es materia del acto jurídico y aplicable a todo el género. En este concepto se incluye el fin inmediato que ha sido determinante de la voluntad, tema sobre el cual existe un amplio concepto en la doctrina. A renglón seguido se dice que integran la causa los motivos exteriorizados cuando hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.

De ello se desprende que la causa fin abarca tres posibilidades: a) fin inmediato determinante de la voluntad; b) motivos exteriorizados e incorporados expresamente; c) motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, aunque no sean expresos, pueden ser tácitamente deducidos.

De esa manera la causa fin permite un despliegue relevante de todas las consecuencias que la doctrina y jurisprudencia han dado a este concepto.

El artículo 1012 dice que se aplican a la causa de los contratos las disposiciones del Libro Segundo, Título IV, Capítulo 2, Sección 3ª. También se afirma que la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad a la adecuación o a la extinción del contrato. Finalmente, se regula la causa ilícita.

2.4. Presunción de causa. Acto abstracto. Actos jurídicos

También la presunción de causa se incluye dentro de los actos jurídicos, como lo ha reclamado la doctrina. Se dice que, aunque la causa no esté expresada en el acto, se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera.

En correlación con esta norma, se afirma que la inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice.

2.5. Causa fuente. Obligaciones

Se ha decidido mantener la tradición del Código Civil, incluyendo las cuestiones de causa fuente y acto abstracto en obligaciones.

No se considera conveniente incluir en esta parte del Código el supuesto de nulidad de la obligación cuya causa es ilícita (previsto en el artículo 502 del Código Civil), por ser contraria a la ley, la moral o las buenas costumbres, por cuanto se trata de una cuestión que es tratada con la causa del acto jurídico (causa fin) y no de la obligación (causa fuente). De igual modo, se suprime el supuesto de causa simulada contemplado en el artículo 501, el cual constituye una innecesaria reiteración de normas generales que se regulan en materia de simulación del acto jurídico.

En consecuencia, se sostiene que no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Luego se afirma que la existencia de la obligación no se presume. La interpretación respecto de la existencia y extensión de la obligación es restrictiva. Probada la obligación, se presume que nace de fuente legítima mientras no se acredite lo contrario.

2.6. Frustración del fin del contrato

Si bien es un tema relativo a la causa, se lo regula en contratos porque es su ámbito de aplicación más frecuente.

La norma (artículo 1090) establece que "la frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su rescisión, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y supera el riesgo asumido por la que es afectada. La rescisión es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, habrá derecho a rescisión sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial".

3. Disposiciones generales

De conformidad con el Título Preliminar se establece que deudor y acreedor deben obrar con cuidado, previsión y según las exigencias de la buena fe.

En cuanto a los efectos, siendo tan importantes, corresponde aclarar el sistema vigente, distinguiendo al acreedor, al deudor y a las acciones que les corresponden a fin de mejorar la comprensión.

Un aspecto muy controvertido de las obligaciones ha sido el incumplimiento de los auxiliares, sobre cuyos caracteres se ha escrito mucho, con diferentes opiniones y doctrinas. Se propone una norma muy sencilla que establece que el incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado. Su fundamento puede encontrarse en la estructura del vínculo obligatorio, ya que se dan dos connotaciones esenciales: "irrelevancia jurídica de la sustitución" y "equivalencia de comportamientos". La primera de ellas significa que, a menudo, al acreedor no le interesa que el cumplimiento de la prestación a cargo del deudor sea realizado por éste o por un sustituto; sólo le interesa que cumpla. La equivalencia de comportamientos sugiere que, frente al acreedor, tanto la conducta del deudor como la de sus sustitutos o auxiliares representan un mero *quid facti*, y ambas se unifican considerándose como una sola. Ese ensanchamiento del vínculo obligatorio debe redundar en un beneficio para el acreedor, por lo que necesariamente el deber de responder por los hechos del dependiente que pesa sobre el principal, es irrefragable. En virtud de ambos elementos, surge la responsabilidad directa del deudor contractual por el hecho de sus sustitutos o auxiliares.

En cuanto al reconocimiento de las obligaciones, se consagra una norma general, que determina que consiste en una manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la que el deudor admite estar obligado al cumplimiento de una prestación. A renglón seguido, se establece el reconocimiento autónomo, siguiendo a la normativa del B.G.B. (arts. 780 a

782), las ideas de Bibiloni y el Proyecto de 1936, a fin de poder dar una mayor agilidad en las transacciones comerciales e incorporar un negocio de abstracción.

4. Acciones y garantía común de los acreedores

Se regulan en forma agrupada y sistemática las acciones directa y subrogatoria, así como la garantía común de los acreedores, con la finalidad de brindar mayor claridad en estos temas.

En cuanto a la acción directa se dice que es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley. Luego se establecen los requisitos de ejercicio y sus efectos.

En cuanto a la acción subrogatoria, el artículo 739 establece que el acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia. El acreedor no goza de preferencia alguna sobre los bienes obtenidos por ese medio. Luego se fijan los requisitos, los derechos excluidos y las defensas oponibles. Han sido fuentes consultadas el artículo 874 del Anteproyecto de 1954, el 680 del Proyecto de 1998 y el 582 del Proyecto de 1936. Se elimina la exigencia contemplada en el artículo 680 del Proyecto de 1998 relativa a que el crédito del subrogante sea exigible, atendiendo a la naturaleza esencialmente conservatoria de la acción subrogatoria.

Se establece 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. Luego se enumeran los bienes excluidos, entre los cuales cabe destacar, por su relevancia, las indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica, y las indemnizaciones por homicidio, lo necesario para alimentos del cónyuge, del conviviente y de los hijos con derecho alimentario.

La solución propuesta respeta adecuadamente el carácter unitario que debe tener la regulación de la garantía patrimonial del deudor, de los bienes que la comprenden, y sus exclusiones, que no deberían razonablemente mutar por el carácter individual o colectivo que tenga el proceso de ejecución. Si en una hipótesis de máxima gravedad,

como es la ejecución colectiva de los bienes del deudor, opera la mentada exclusión, la solución no puede ser diferente en un supuesto de menor gravedad, como es la ejecución individual.

Se establece la prioridad del primer embargante, sosteniendo que: el acreedor que ha obtenido 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 hubiesen embargado el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determinaría por la fecha de la traba de la medida. Los embargos posteriores afectarán únicamente el sobrante que quedara después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores.

Por tratarse de una cuestión esencial, que hace a la sustancia misma de las relaciones entre acreedores y deudores, y en particular a la configuración de una causa de preferencia, se considera apropiada su inclusión en el Código Civil, por ser legislación de fondo.

5. Obligaciones de dar

En las disposiciones generales se han seguido criterios ampliamente compartidos por la doctrina, receptados en el Proyecto de 1998, con algunas modificaciones. También se tuvieron en cuenta normas del Proyecto de 1993 (PEN) y de 1954.

Se comienza con los efectos, estableciendo que el deudor de una cosa cierta está obligado a conservarla en el mismo estado en que se encontraba cuando contrajo la obligación, y a entregarla con sus accesorios, aunque hayan sido momentáneamente separados de ella. Luego se reconoce el derecho de inspección; la presunción derivada de la recepción; el supuesto de entrega de cosa bajo cubierta.

En la obligación de dar cosa cierta para constituir derechos reales, se han incorporado reglas compatibles con todo el sistema, basado en la tradición y la inscripción declarativa, que se regula en el Libro correspondiente. Así, se dice que el acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, y, excepto disposición legal en contrario, se definen las mejoras, frutos, riesgos, del modo más claro y sencillo posible. También se ha buscado el mismo propósito ordenando las reglas de concurrencia de acreedores en bienes inmuebles y muebles.

En las obligaciones para restituir, se dispone que el deudor debe entregar la cosa al acreedor, que por su parte puede exigirla. Si el deudor se obligó a entregar la cosa a más de un acreedor, el dueño tiene mejor derecho. Luego se regulan los casos de

entrega de la cosa a quien no es propietario diferenciando bienes registrables y no registrables.

En cuanto a las obligaciones de género, que recaen sobre cosas determinadas sólo por su especie y cantidad, deben ser individualizadas. La elección corresponde al deudor, excepto que lo contrario resulte de la convención de las partes. La elección debe recaer sobre cosa de calidad media, y puede ser hecha mediante manifestación de voluntad expresa o tácita.

6. Obligaciones de dar dinero

Hemos respetado los principios del derecho monetario argentino, así como los grandes lineamientos de la doctrina y jurisprudencia. En particular, se mantiene el sistema nominalista, así como la equiparación entre la moneda nacional y la moneda extranjera. Se trata de la derivación necesaria, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (López, Antonio Manuel c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA.", Fallos:315:1209), de "un proceso de estabilización de la economía".

En este caso, es necesaria una definición de carácter normativo que establezca con claridad y precisión el alcance de la obligación. Por eso, se dice que 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 hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. Se dispone que 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.

En cuanto a los intereses se ha procurado simplificar el sistema para hacerlo comprensible. Se clasifican en:

Compensatorios: la obligación puede llevar intereses y son válidos los que se hubiesen convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fuese fijada por las partes, ni por las leyes, ni resultase de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

Moratorios: a partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina por lo que acordasen las partes; por lo que dispongan las leyes especiales; en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central. No se adopta la tasa activa como se propiciara en el Proyecto de 1998, porque se considera que hay supuestos de hecho muy diversos y es necesario disponer de mayor flexibilidad a fin de adoptar la solución más justa para el caso.

Punitorios: los intereses punitorios convencionales se rigen por las normas que regulan la cláusula penal.

Se regula el anatocismo estableciendo que los intereses devengan intereses sólo si una cláusula expresa autoriza la acumulación de los intereses al capital con una periodicidad no inferior a tres meses; o la obligación se demanda judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda; o la obligación se liquida judicialmente; en este caso, la capitalización se produce desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo; u otras disposiciones legales prevén la acumulación.

Se reconoce la facultad judicial de reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización anticipada de intereses excediera, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.

Se recoge el distingo entre obligaciones de dar dinero y de valor, ampliamente reconocido en la doctrina. Si la deuda consiste en cierto valor, su cuantificación en dinero no puede ser realizada empleando exclusivamente índices generales de precios. El monto resultante debe corresponder al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección. Esta norma es importante para evitar distorsiones derivadas de la aplicación de índices, tema sobre el cual hubo una extensa experiencia en la historia argentina. El valor real es el que tiene prioridad.

7. Obligaciones de hacer y de no hacer

Se sostiene que la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes.

Cuando se trata de la prestación de un servicio puede consistir:

- a.- en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos, están comprendidas en este inciso;
- b.- en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;

c.- en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso;

d.- si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.

El obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva.

La prestación puede ser ejecutada por persona distinta del deudor, a no ser que de la convención, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias resulte que éste fue elegido por sus cualidades para realizarla personalmente. Esta elección se presume en los contratos que suponen una confianza especial.

El incumplimiento imputable de la prestación le da derecho al acreedor a: exigir el cumplimiento específico; hacerlo cumplir por terceros a costa del deudor; en su caso, reclamar los daños y perjuicios.

En cuanto a la obligación de no hacer, es aquella que tiene por objeto una abstención del deudor o tolerar una actividad ajena. Su incumplimiento imputable permite reclamar la destrucción física de lo hecho, y los daños y perjuicios.

8. Obligaciones alternativas y facultativas

La obligación alternativa tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas. En cuanto a la elección, se establece que, excepto estipulación en contrario, la facultad de elegir corresponde al deudor. La opción que corresponde a varias personas requiere unanimidad. Si la parte a quien corresponde la elección no se pronuncia oportunamente, la facultad de opción pasa a la otra. Si esa facultad se ha deferido a un tercero y éste no opta en el plazo fijado, corresponde al deudor designar el objeto del pago. En las obligaciones periódicas, la elección efectuada una vez no implica renuncia a la facultad de optar en lo sucesivo. La elección es irrevocable desde que se la comunica a la otra parte o desde que el deudor ejecuta alguna de las prestaciones, aunque sea parcialmente. Una vez realizada, la prestación escogida se considera única desde su origen, y se aplican las reglas de las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, según corresponda.

Se regula también la obligación alternativa regular y la irregular, así como la elección por un tercero.

La obligación facultativa tiene una prestación principal y otra accesoria. El acreedor solo puede exigir la principal, pero el deudor puede liberarse cumpliendo la accesoria. El deudor dispone hasta el momento del pago para ejercitar la facultad de optar. Se regulan los casos de extinción, duda y opción entre modalidades y circunstancias.

9. Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias

Se presenta una regulación amplia y sistemática de estas obligaciones y sanciones, que se complementan con la función punitiva prevista en el régimen de la responsabilidad civil.

La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación. Puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero. Se dispone que el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente. También se contempla la relación con la indemnización y la ejecución. Se precisa que, en las obligaciones de no hacer, corre desde el momento en que se ejecute el acto del cual se obligó a abstenerse. Se regulan también los casos de disminución proporcional, divisibilidad e indivisibilidad, nulidad y extinción de la obligación principal.

Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto es desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, y configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

En cuanto a las sanciones pecuniarias conminatorias, los jueces podrán imponerlas a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

10. Obligaciones divisibles, indivisibles, de sujeto plural, concurrentes, rendición de cuentas

En esta materia se han receptado reglas ampliamente compartidas por la doctrina, tratando de simplificar la redacción y los conceptos con la finalidad de obtener mayor claridad.

La obligación divisible es la que tiene por objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial. Se requiere que su objeto, la prestación, sea materialmente fraccionable, de modo que cada una de sus partes tenga la misma calidad del todo; y que no quede afectado significativamente el valor del objeto. Luego se regulan sus efectos, el principio de división, el límite de la divisibilidad, el derecho al reintegro, la participación entre los acreedores.

La obligación es indivisible cuando no es susceptible de cumplimiento parcial, lo cual sucede cuando la prestación no puede ser materialmente dividida o si la indivisibilidad es convenida. Se regulan los casos de prestaciones indivisibles, el derecho de los acreedores al pago total, los modos extintivos, la responsabilidad de cada codeudor, contribución, participación y prescripción.

La regulación de las obligaciones de sujeto plural también ha perseguido el objetivo de hacer más claras las reglas y los conceptos. A tales fines se dividen en simplemente mancomunada, solidaria y concurrente.

La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros.

Las obligaciones son solidarias cuando hay pluralidad de sujetos y son originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores. Se aclara que la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación. Se regulan las circunstancias de los vínculos, las defensas. Respecto de la cosa juzgada se establece que la sentencia dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos podrán invocarla cuando no se funde en circunstancias personales del codeudor demandado. Se regulan los supuestos de solidaridad pasiva y activa.

Se introduce una regulación de las obligaciones concurrentes, que tienen amplia aplicación en la práctica jurisprudencial.

Las obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes, lo cual las diferencia claramente de las

solidarias. Se regulan sus efectos, disponiendo que el acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente; que el pago realizado por uno de los deudores extingue la obligación de los otros obligados concurrentes; que la dación en pago, la transacción, la novación y la compensación realizadas con uno de los deudores concurrentes, en tanto satisfagan íntegramente el interés del acreedor, extinguen la obligación de los otros obligados concurrentes o, en su caso, la extinguen parcialmente en la medida de lo satisfecho; que la confusión entre el acreedor y uno de los deudores concurrentes y la renuncia al crédito a favor de uno de los deudores no extingue la deuda de los otros obligados concurrentes; que la prescripción cumplida y la interrupción y suspensión de su curso no producen efectos expansivos respecto de los otros obligados concurrentes; que la mora de uno de los deudores no produce efectos expansivos con respecto a los otros codeudores; que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dictada contra uno de los codeudores no es oponible a los demás, pero éstos pueden invocarla cuando no se funde en circunstancias personales del codeudor demandado; que la acción de contribución del deudor que pagó la deuda contra los otros obligados concurrentes se rige por las relaciones causales que originaron la concurrencia.

También se propone una regulación de las obligaciones disyuntivas, principales y accesorias.

La rendición de cuentas es regulada sistemáticamente con la finalidad de hacer coherentes la aplicación de este instituto en numerosos ámbitos. Se define que la cuenta es la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio, aunque consista en un acto singular y que su rendición exista cuando se las pone en conocimiento de la persona interesada. Se detallan sus requisitos, los obligados, la oportunidad, la aprobación, los saldos y documentos.

11. El pago

La regulación del pago ha sido siempre una materia compleja, que ha dado lugar a múltiples discusiones. Se han tomado en cuenta los aspectos controvertidos dándoles solución, y se han introducido institutos reclamados por la doctrina.

El pago es el cumplimiento de la prestación que constituye el objeto de la obligación, y se le aplican las reglas de los actos jurídicos.

Se definen los requisitos del objeto:

a.- identidad: el acreedor no está obligado a recibir y el deudor no tiene derecho a cumplir una prestación distinta a la debida, cualquiera sea su valor.

b.- Integridad: el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, excepto disposición legal o convencional en contrario. Si la obligación es en parte líquida y en parte ilíquida, el deudor puede pagar la parte líquida.

c.- Puntualidad: en la obligación de exigibilidad inmediata, el pago debe hacerse en el momento de su nacimiento. Si hubiera un plazo determinado, cierto o incierto, debe hacerse el día de su vencimiento. Si el plazo es tácito, en la fecha que conforme a los usos y la buena fe, debe cumplirse. Si el plazo fuera indeterminado, en el tiempo que fije el juez, a solicitud de cualquiera de las partes, mediante el procedimiento más breve que prevea la ley local. El pago anterior al vencimiento del plazo no da derecho a exigir descuentos.

d.- Localización: el lugar de pago puede ser establecido por acuerdo de las partes, de manera expresa o tácita. Si nada se ha indicado, el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación. Si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

También se regula la validez, el pago en fraude a los acreedores, el de créditos embargados o prendados, la necesidad de disponer de la propiedad de la cosa, la legitimación activa, y los efectos.

La regulación de la mora se ha incluido dentro de la materia obligacional y no como un elemento de la responsabilidad civil, como lo hiciera el Proyecto de 1998. Se trata de un elemento que es aplicable a un género de situaciones muy amplio, que excede el campo de la responsabilidad.

Se establece la regla general de la mora automática: la mora del deudor se produce por el solo transcurso del tiempo fijado para su cumplimiento.

Luego se enumeran los supuestos de excepción, únicos en los cuales el sistema se aparta del principio de la mora automática. Se mantiene, en lo sustancial, la redacción del artículo 509 del Código Civil, que, además de ser apropiada, ha sido adecuadamente interpretada por una aquilatada doctrina y jurisprudencia. El último párrafo procura resolver el que, quizás, sea el problema más delicado que en la aplicación práctica tiene la norma, y que se plasma en aquellos supuestos en los cuales resulta muy difícil de precisar si el plazo es tácito o indeterminado propiamente dicho. En tal supuesto, la norma proyectada prevé que, ante la duda, se considerará que el plazo es tácito, haciéndose eco, en buena medida, de una solución que a principios de la década del setenta ya

contaba con apoyo de la doctrina y jurisprudencia. Para diferenciar un supuesto de del otro, debe indagarse la voluntad de las partes, plasmada en las cláusulas contractuales pertinentes, y determinar si lo que efectivamente ellas han querido es integrar el convenio con una decisión judicial relativa al momento preciso en que la obligación debe cumplirse (plazo indeterminado propiamente dicho) o, simplemente, diferir los efectos hacia el futuro, sin tener en cuenta intervención judicial alguna (plazo indeterminado tácito). En este último supuesto lo único que corresponde al juez es verificar si, teniendo en cuenta la naturaleza y circunstancias de la obligación, ha transcurrido o no dicho plazo al tiempo de promoverse la demanda. En cambio, en el primer supuesto, debe intervenir para fijar el plazo e integrar de tal modo el contrato. Entonces, el plazo se considerará indeterminado sólo cuando resulte inequívoco para el juez que las partes han querido diferirlo a fijación judicial. Ante la duda, se considerará que es tácito, con lo cual se alcanza una solución mucho más dinámica, previsible y eficiente desde el punto de vista de la economía del proceso.

También se precisa la eximición, disponiéndose que el deudor debe probar que no le es imputable, cualquiera sea el lugar de pago de la obligación.

En Secciones diferentes se proponen disposiciones sobre el pago a mejor fortuna y el beneficio de competencia.

Consideramos conveniente dedicar una Sección a la carga de la prueba, que es una materia importantísima, que necesita de reglas claras.

Se establece que la carga de la prueba pesa: a) en las obligaciones de dar y de hacer, sobre quien invoca el pago; b) en las obligaciones de no hacer, sobre el acreedor que invoca el incumplimiento.

Luego se habilitan todos los medios de prueba, excepto que de la estipulación o de la ley resulte previsto el empleo de uno determinado, o revestido de ciertas formalidades.

El recibo es definido como un instrumento público o privado en el que el acreedor reconoce haber recibido la prestación debida, y que el deudor tiene derecho a exigirlo. El acreedor está obligado a consignar en el recibo las reservas de derechos manifestadas por quien realiza el pago. La inclusión de estas reservas no perjudica los derechos de quien extiende el recibo.

También se establecen presunciones que facilitan las prácticas comerciales.

En materia de imputación se establece que, si las obligaciones para con un solo acreedor tienen por objeto prestaciones de la misma naturaleza, el deudor tiene la facultad de declarar, al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas debe entenderse que lo

hace. La elección debe recaer sobre deuda líquida y de plazo vencido. Si adeuda capital e intereses, el pago no puede imputarse a la deuda principal sin consentimiento del acreedor. Si el deudor no imputa el pago, el acreedor se encuentra facultado a hacerlo en el momento de recibirlo.

Hemos considerado necesario proyectar varios artículos destinados al pago por consignación.

Se regula la consignación judicial, en términos más modernos y adecuados que los del Código Civil, proveyendo una fórmula general para su procedencia, según lo hicieron el Anteproyecto de 1954 (artículo 986) y el Proyecto de 1993 (PEN) (artículo 798). Se superan las desinteligencias doctrinales respecto de los efectos de la consignación, estableciendo que, si no es impugnada por el acreedor, o si es declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda; pero, si es defectuosa, y el deudor subsana ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite.

Una novedad introducida por el Proyecto de 1993 (PEN), con antecedente en la consignación cambiaria que previó el artículo 45 del decreto ley 4965/63, es la consignación privada. Se la regula en detalle, en la inteligencia de que va a ser un instrumento útil para disminuir la litigiosidad.

Se regula la consignación judicial, su procedencia, requisitos, efectos, y la consignación extrajudicial, fijando sus presupuestos, derechos del acreedor, e impedimentos.

También hay una Sección dedicada al pago por subrogación, aclarando que transmite al tercero que paga todos los derechos y acciones del acreedor. La subrogación puede ser legal o convencional, y se fijan sus presupuestos, requisitos, efectos y límites.

12. Otros modos de extinción

La compensación tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta el monto de la menor, desde el tiempo en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables. Puede ser legal, convencional, facultativa o judicial. Se establecen sus requisitos, efectos, la fianza, la facultativa, convencional, las obligaciones no compensables.

La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona y en un mismo patrimonio.

También se extingue, total o parcialmente, en proporción a la parte de la deuda en que se produce la confusión.

La novación es la extinción de una obligación por la creación de otra nueva, destinada a reemplazarla. La voluntad de novar es requisito esencial de la novación. En caso de duda, se presume que la nueva obligación contraída para cumplir la anterior no causa su extinción. Se establecen las modificaciones que no importan novación, el cambio del deudor, de acreedor, las circunstancias de la obligación anterior y de la nueva, así como sus efectos.

La obligación se extingue cuando el acreedor voluntariamente acepta en pago una prestación diversa de la adeudada y se rige por las disposiciones aplicables al contrato con el que la prestación diversa tenga mayor afinidad.

Se establece la regla general de que toda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no esté prohibida y sólo afecte intereses privados. La renuncia general de las leyes no tendrá ningún valor. No se admitirá la renuncia anticipada de las defensas que pudieren hacerse valer en juicio. Puede ser onerosa o gratuita, se fijan las condiciones de aceptación, retractación, prueba, forma, caracteres de la remisión.

Finalmente, se dispone que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados.

Título II: “Contratos en general”

1. La regulación del tipo general del contrato

1.1. Extensión

El Anteproyecto regula tanto los contratos civiles como los comerciales, siguiendo los lineamientos de los proyectos anteriores.

El aspecto más discutido es la regulación de los contratos de consumo en el ámbito del Código Civil y su grado de extensión.

En el derecho comparado hay distintos modelos.

Una opción es mantener separadas ambas regulaciones. Es el criterio del Código de Consumo italiano (Decreto Legislativo nº 206 del 6 de setiembre de 2005), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras

leyes complementarias española (Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007) y del Anteproyecto de Reforma al Código Civil francés en el Derecho de obligaciones y el Derecho de la prescripción, dirigido por el profesor Pierre Catalá y presentado al Ministerio de Justicia en el año 2005, que tampoco incorpora la regulación de los contratos de consumo al Código Civil. Todos los Estados Partes del Mercosur (Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela) así como todos los Estados Asociados (Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia) tienen leyes del consumidor separadas del Código Civil. El comentario 2º al Preámbulo de los Principios de Unidroit señala el “propósito de excluir del ámbito de los Principios las llamadas *operaciones de consumo*”.

Con otro criterio, la reforma del año 2002 al Código Civil alemán incorporó algunas normas aplicables específicamente al derecho del consumidor (definición de consumidores y profesionales, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, garantías en la venta de bienes de consumo) junto con otras propias del Código (condiciones generales de la contratación, morosidad en las operaciones comerciales, comercio electrónico). El Código Civil quebequés de 1991 incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión (artículos 1432, 1437, 1438) así como a la responsabilidad de los intervinientes en el proceso de fabricación y comercialización de cosas muebles (artículos 1468 y 1469). El Código Civil holandés de 1992 reguló las condiciones generales de contratación (Libro 6, artículos 231 a 247), la responsabilidad por productos (Libro 6, artículos 185 a 193) y las exigencias en cuanto a la publicidad (Libro 6, artículos 194 a 196).

En el ordenamiento jurídico argentino hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina. Siguiendo estos lineamientos, es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo.

1.2. Problemas de la regulación

La extensión del objeto regulatorio plantea problemas en cuanto a las distinciones y al modo en que se presentan.

Una posibilidad consiste en regular el contrato discrecional y dedicar algunos artículos relativos a los efectos que consideren la temática de los vínculos de consumo. Esta perspectiva fue adoptada en el Proyecto de 1998, pero la evolución que ha

experimentado la materia desde entonces impide este abordaje, ya que la amplitud de la definición de la relación de consumo existente hace que los contratos de consumo constituyan un ejemplo de la fragmentación del tipo general.

La alternativa contraria consiste en establecer una regla que aplique el principio protectorio de modo general, como si todos los contratos sean de consumo. También es inconveniente, porque se distorsiona gravemente el sistema y sería inadecuado aplicar este régimen a la contratación entre empresas para la construcción de un puente o el desarrollo de tecnología, o el aprovisionamiento, o cualquier otro vínculo semejante. En todos estos casos subsiste la necesidad de preservar la autonomía privada, como es consenso mayoritario en el país y en todo el derecho comparado. Tampoco puede seguirse un criterio cuantitativo que lleve a la conclusión de que, si se celebran más contratos de consumo, estos constituyen la regla general, porque ello no es así en ningún sistema de derecho comparado ni podría serlo. La diferenciación es argumentativa, valorativa y basada en principios, pero no en cantidades que pueden variar sensiblemente.

En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquellos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica. El problema es que hablan de objetos diferentes.

En virtud de todo ello, corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia.

Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo.

Una vez establecida esta premisa, es necesario precisar cuál es el método para ordenar con claridad estas disposiciones.

1.3. Método

El Proyecto de 1998 estableció el siguiente orden: Libro Cuarto. “De los derechos personales”; Título I: De las obligaciones en general; Título II: De los contratos en general. Dentro de los contratos en generales fijó la siguiente división: Capítulo I: Disposiciones generales; Capítulo II: Categorías de contratos; Capítulo III: Formación del consentimiento; Capítulo IV: Incapacidad e inhabilidad para contratar; Capítulo: V Objeto; Capítulo VI: Causa ; Capítulo VII: Forma; Capítulo VIII: Prueba; Capítulo X: Interpretación; Capítulo XI: Subcontrato; Capítulo XII: Extinción, modificación y adecuación del contrato; Capítulo XIII: Postcontrato; Título III: De los contratos en particular.

La definición del contrato (artículo 899) tiene cinco incisos que se refieren al contrato, contrato discrecional, predispuesto, condiciones generales, celebrado por adhesión.

La inclusión de varias nociones de contrato en un único artículo puede generar confusiones en la práctica y en la interpretación jurisprudencial, y por eso preferimos adoptar un método distinto.

Dentro del Libro Tercero (De los derechos personales) y luego del Título I (de las obligaciones en general), se distinguen tres Títulos: el primero dedicado a los contratos en general, el segundo a los contratos de consumo y el tercero a los contratos en particular.

2. Concepto y principios generales

Las disposiciones generales comienzan con la definición del contrato. Se sostiene que es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

Se incorporan algunos principios jurídicos aplicables en la materia, que constituyen la base sobre la cual se asienta la noción dogmática y que son los siguientes:

La libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.

La fuerza obligatoria mediante la cual el contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Sólo puede ser modificado o extinguido conforme lo que en él se disponga, por acuerdo de partes o en los supuestos que, sobre adecuación del contrato, están previstos por la ley.

La buena fe en la celebración, interpretación y ejecución, lo cual es coherente con la norma existente en el Título Preliminar. Los contratos obligan, no sólo a lo que esté formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse

comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor. La amplitud que se le reconoce a este principio es consistente con la que le ha dado la doctrina y jurisprudencia argentinas. En cuanto a la extensión temporal, se incluye la ejecución, con lo cual resulta innecesario crear una nueva figura denominada “poscontrato” (artículo 1063 del Proyecto de 1998). Estos principios obligan a ponderar la libertad y la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad por un lado, y del orden público por el otro, permitiendo un balance entre principios competitivos adecuado en el caso concreto.

En este Capítulo se establecen criterios para resolver la relación entre la autonomía de la voluntad y las normas legales, conflictos de normas e integración del contrato.

Se establece que los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio, cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Esta norma estaba presente en el Proyecto de 1998 y sigue la jurisprudencia argentina en la materia. La regla es que los jueces no pueden modificar un contrato, porque deben respetar la autonomía privada. La excepción ocurre cuando una ley autoriza a las partes a solicitar la modificación o bien cuando se afecta de modo manifiesto el orden público. Respecto de esto último, cabe decir que la consecuencia habitual es la nulidad, pero en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país se ha admitido, excepcionalmente, la conservación del vínculo.

Los problemas que ello podría suscitar con relación a la aplicación del principio protectorio están solucionados al admitirse el control judicial en los vínculos celebrados por adhesión a condiciones generales de la contratación y al legislarse los contratos de consumo en un título diferente.

Los derechos resultantes del contrato integran el derecho de propiedad, lo cual ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en contextos de emergencia económica.

En cuanto a la clasificación de los contratos, se sigue el modelo del Proyecto de 1998, receptando algunas modificaciones sugeridas por la doctrina.

3. Formación del consentimiento

El consentimiento es regulado ampliamente, contemplando las diversas etapas que se dan en los usos locales, así como su recepción en la jurisprudencia y doctrina.

Se le dedican cuatro Secciones, que son las siguientes:

3.1. Consentimiento

En la Sección 1ª se trata del consentimiento, la oferta y la aceptación.

La regla general es que los contratos se perfeccionan con la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. La redacción se ajusta a los principios de Unidroit, que receptan la oferta/aceptación, como aquellos casos en que hay un proceso continuo que comienza con tratativas y se va concretando gradualmente. Las particularidades que surgen de los contratos por adhesión y de consumo, son reguladas separadamente y no se confunden con esta normativa general.

La oferta es una manifestación unilateral de voluntad, lo que es más que la mera declaración, comprendiendo aquellos casos en que es expresa o tácita, recepticia o no, dirigida a persona determinada o indeterminada y se describen sus requisitos. Se regula la invitación a ofertar, la conclusión de la vigencia de la oferta, la fuerza obligatoria y la revocación.

En cuanto a la aceptación también se siguen los criterios ya establecidos en doctrina y jurisprudencia, así como en el Proyecto de 1998. Para que el contrato se concluya, la aceptación debe expresar la plena conformidad con la oferta. Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato, pero las modificaciones pueden ser admitidas por el oferente si lo comunica de inmediato al aceptante. En este último aspecto, hemos ajustado la redacción admitiendo la posibilidad de que las modificaciones puedan ser admitidas por el oferente, lo cual se compadece con criterios internacionales y agiliza las transacciones.

El contrato se considera concluido con base en la teoría de la recepción, que es la más seguida en el derecho comparado. Se dispone, también, que se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando ésta la conoce, o hubo de haberla conocido, trátase de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.

3.2. Contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales

En esta Sección 2ª se comienza con la siguiente definición: “contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte, sin que el adherente haya participado o influido en su redacción”

En este tema hay varios aspectos para considerar:

A) Método

Algunos de los códigos vigentes en la región, no tratan el tema (por ejemplo, Brasil, Uruguay y Colombia). La excepción la constituye el código civil del Perú que lo hace a través de diez disposiciones. Con relación al contenido de leyes especiales, destacamos que el Código de Defensa del Consumidor de Brasil contiene una sección con un artículo y cuatro párrafos. Ecuador dispone de una ley especial (2000-21) que reproduce literalmente el texto al que hemos aludido precedentemente de Brasil. Lo propio acontece con Paraguay por ley especial (nº 1.334) que contiene un artículo definiendo el contrato por adhesión y otro que alude a los caracteres legibles del contenido.

En nuestro país debemos tener en cuenta que el tema ha sido profusamente tratado desde hace muchos años por la doctrina, la jurisprudencia y por los proyectos de legislación, razón por la cual no se puede obviar su regulación.

B. Adhesión o predisposición

Es necesario establecer algunas precisiones acerca del fenómeno que se regula.

El supuesto que se regula no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. En este caso hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir a condiciones generales. Se diferencia de la regla general, pero no se trata de contratos de consumo.

El campo de aplicación, además de la contratación de consumo, es aquel que presenta situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

En este aspecto sugerimos una diferencia respecto del Proyecto de 1998. En el texto mencionado se considera que es contrato predispuesto “aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes”, condiciones generales son “las cláusulas predispuestas por alguna de las partes, con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, sea que estén incluidas en el instrumento del contrato o en otro separado”, y se define al contrato celebrado por adhesión como “al contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación” (artículo 899 y cc.).

Sin perjuicio de la corrección de estas disposiciones, hemos preferido una solución que parece más simple, regulando el contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales y, dentro de la Sección, fijando algunas reglas para la redacción de cláusulas predispuestas.

El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación, predispone el contenido y la otra adhiere.

La predisposición, en cambio, es una técnica de redacción que nada dice sobre los efectos. El contenido predispuesto unilateralmente puede ser utilizado para celebrar un contrato paritario, o uno por adhesión o uno de consumo.

La razón de ello es que hay muchos contratos en los que la predisposición de las cláusulas no es un indicio de la debilidad de una de las partes: esto puede ocurrir porque los contratantes disminuyen los costos de transacción aceptando un modelo de contrato predispuesto por una de ellas o por un tercero.

La adhesión es una característica de un acto del aceptante, y no una calidad del contenido, como ocurre en la predisposición. El primer elemento activa el principio protectorio, mientras que el segundo es neutro, ya que puede o no existir abuso.

Por esta razón sugerimos basar la regulación en la adhesión, antes que el carácter preredactado o no de las cláusulas, sin perjuicio de fijar algunas reglas para estas últimas.

El sistema queda ordenado entonces de la siguiente manera:

- a.- Contratos discrecionales: en ellos hay plena autonomía privada.
- b.- Contratos celebrados por adhesión: cuando se demuestra que hay una adhesión a cláusulas generales redactadas previamente por una de las partes, hay una tutela basada en la aplicación de este régimen.
- c.- Contratos de consumo: cuando se prueba que hay un contrato de consumo, se aplica el Título III, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último es un elemento no tipificante.

C. Cláusulas generales

La expresión “condiciones generales” goza de aceptación en varios sistemas legales y proyectos europeos (Código Civil de Italia [artículo 1341]; Código Civil de Alemania [parágrafo 305], decreto ley 1/2007 de España sobre “Defensa de los consumidores y usuarios”; Principios Lando [artículo 2.209], el artículo 33 del “Proyecto Europeo de Contratos” [Academia de Pavía] en su artículo 33). En nuestro sistema legal, el término “condición” tiene un significado técnico específico en el ámbito de las obligaciones y contratos, que no se compadece con el supuesto que estamos considerando.

Por esta razón preferimos utilizar el vocablo “cláusulas”.

En cuanto al vocablo "general" es necesario decir que no se refiere a la cláusula general como concepto jurídico indeterminado, que es el significado propio que tiene este término en el campo de la filosofía del derecho. En el ámbito contractual, es claro que se refiere a aquellas cláusulas que son redactadas para una generalidad de sujetos en forma previa y no modificable mediante la negociación individual.

Esta cláusula general se distingue de la particular (artículo 986). La primera es elaborada para una generalidad de sujetos indeterminados y es inmodificable; la segunda puede ser modificada por una negociación individual. No hay adhesión, sino negociación y consentimiento. Por eso la norma establece que son aquéllas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

D. Control de incorporación y de contenido

De conformidad con las pautas señaladas por la doctrina argentina, se definen criterios para el control judicial tanto en la incorporación de la cláusula como en el contenido, lo cual se hace a través de la fijación de un criterio general

Una materia opinable es si se adopta un listado cláusulas abusivas que son nulas de pleno derecho, y otro que las considera sospechosas. La ventaja de este sistema es que la claridad en la definición disminuye la litigiosidad, porque las partes saben a qué atenerse cuando redactan un contrato.

Los autores opinan que un listado de este tipo es útil, pero que debería estar en la legislación especial, como de hecho ocurre. Una primera razón es que pierden actualidad de modo muy rápido y, en tal caso, surge la necesidad de actualizar el listado, lo cual es sencillo en una ley especial pero muy difícil en un código. Una segunda cuestión es que el abuso de las cláusulas es un fenómeno sectorial, y son distintas las que se pueden observar en la medicina privada, en el turismo, en el crédito al consumo o la venta de automotores. Ello hace que la sede natural sea la legislación especial.

Por ello es que hemos preferido un criterio general amplio, que sirva para cubrir situaciones no previstas en la legislación especial.

E. Efectos

Se establecen requisitos para las cláusulas generales predispuestas: deben ser comprensibles y autosuficientes; su redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible; se tienen por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Estos requisitos se extienden a la contratación telefónica o electrónica, o similares.

Su interpretación es en sentido contrario a la parte predisponente.

La definición de cláusula abusiva es más extensa, ya que comprende los concluidos por adhesión y los que, aunque no están celebrados por adhesión, contienen cláusulas predisuestas. La razón de esta extensión es que no se trata de un control de incorporación, sino de contenido, en el que no importa si hubo adhesión o consentimiento. Además, como lo indicamos arriba, hemos incorporado reglas sobre las cláusulas predisuestas.

Son abusivas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o las que, por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles.

Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.

3.3. Tratativas contractuales

En esta materia se comienza con la enunciación de un principio general, que, en este caso, es la libertad de negociación, según la cual, las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, así como para abandonarlas en cualquier momento. Seguidamente se desarrolla otro principio, el de la buena fe, conforme al cual, las partes deben actuar de buena fe en el curso de las negociaciones para no frustrarlas injustificadamente.

Puede parecer una regulación demasiado austera, pero hay que tener en cuenta que es un área muy dinámica, con un amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinario, y en tales condiciones es conveniente sentar principios generales que permitan esa labor. También debe considerarse que toda la temática de los periodos previos en las relaciones de consumo está ampliamente tratada en el Capítulo Tercero.

De tal modo, a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, se encuentran las soluciones para la responsabilidad en los casos típicos en la negociación entre iguales.

También se regula el deber de confidencialidad, y las consecuencias del incumplimiento.

3.4. Contratos preparatorios

En esta Sección se regulan los contratos preparatorios, con un sentido también amplio, dando cabida a diversas modalidades de acuerdos para negociar.

Se definen el contrato preliminar, la promesa de contratar, la cláusula de opción, el pacto de preferencia, el contrato cuyo perfeccionamiento está sometido a condición suspensiva y el que está vinculado a la conformidad o aprobación de un tercero.

4. La función social del contrato

Han existido debates sobre la inclusión de una cláusula general referida a la “función social del contrato”, similar a la contenida en el artículo 421 del Código Civil de Brasil.

Esta concepción, en nuestro criterio, está emparentada con la idea de función económica del contrato mediante la cual la doctrina italiana justificó, a partir del pensamiento que desarrolló el jurista italiano Victorio Scialoja en un curso pronunciado a fines del siglo XIX, la razón determinante de su reconocimiento por el Derecho. Quizás puede considerársela muy próxima a la concepción de Emilio Betti (*“Teoría general del negocio jurídico”*, pág. 87), para quien el contrato debe satisfacer una finalidad económico social, la cual resulta de su utilidad o trascendencia social, y es determinada tomando en cuenta el interés público. También es utilizable la idea de Rescigno (*“Manuale del Diritto Privato Italiano”*, pág. 303), para quien el contrato debe cumplir una función socialmente digna, la cual está determinada por el interés de los propios contratantes. O la de Galgano (*“El negocio jurídico”*, pág. 109), para quien esa función económico-social del contrato debe responder a la protección de los contratantes, especialmente del más débil.

En suma, seguramente se interpretará que la exigencia de que el contrato sea celebrado en razón de su función social, y dentro de sus límites, no implica que ciertos intereses estrictamente individuales carezcan de tutela legal; pero sin embargo será necesario que el contrato tenga una función económica apreciable socialmente, por ser razonable, digna, seria, equilibrada y oportuna para el negocio del caso.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, el tema es muy controvertido y exige analizar varias cuestiones.

4.1. Una sola cláusula o varias

En este aspecto hay varias opciones: a) admitir una función social del contrato, o b) una función social de la libertad de contratar (más limitada) o c) restringir la cláusula a los contratos de consumo o d) no regularla aclarando que está suficientemente contemplada en otras cláusulas generales como abuso del derecho, cláusulas abusivas, etcétera.

En nuestra tradición jurídica hay que tener en cuenta la historia y las costumbres, sobre todo la incorporación, a partir de la ley 17.711 de cláusulas generales que han tenido mucha aplicación que no se puede ignorar: abuso del derecho, lesión, buena fe, entre otras.

La función “social” se superpone en gran medida con estos estándares y no está claro qué se agregaría y cuál sería la diferencia que justifique incorporar una nueva que demandaría una enorme tarea jurisprudencial y doctrinal para determinar su contenido.

La función social aplicada al contrato comprende a los de consumo, celebrados por adhesión y a los discrecionales, lo cual incluye en un mismo concepto a finalidades muy disimiles. En cambio, las cláusulas vinculadas al ejercicio de los derechos no se vinculan necesariamente con el tipo contractual y son mucho más permeables en su aplicación.

4.2. Función social y ambiental

También hay que considerar que la función no es solo social. Existe otro aspecto más nuevo que es la función “ambiental”, que ya no responde a la división entre contratos de consumo y discrecionales, ni tiene relación alguna con el principio protectorio. La función ambiental es transversal a todos los contratos: se aplica tanto a las empresas como a los consumidores.

Esta función permite al juez moderar la colisión entre el ejercicio de los derechos individuales y el de los colectivos, como el ambiente.

4.3 Solución adoptada

En el Anteproyecto que presentamos existe un Título Preliminar en el que se fijan pautas sobre el ejercicio de los derechos en general, entre las cuales están la buena fe y la prohibición del abuso, tanto en relación al ejercicio de los derechos individuales como en cuanto a los derechos de incidencia colectiva. De tal manera, no existe dificultad alguna para que, con estos instrumentos, los jueces puedan aplicar las nociones de función social y ambiental, utilizando los instrumentos que han sido tradicionales en el derecho nacional.

Por lo tanto, consideramos que es mejor mantener el sistema de varias disposiciones, antes que crear una sola comprensiva de todas ellas.

5. Capacidad. Objeto. Causa. Forma. Prueba

En materia de capacidad se regulan los efectos de la nulidad, y las inhabilidades generales y especiales, siguiendo las propuestas del Proyecto de 1998.

En virtud de la amplia regulación de los actos jurídicos, se ha decidido omitir la definición de objeto y de causa, tarea que, por otra parte, incumbe a la doctrina.

En cuanto al objeto, se dispone que debe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial. En materia de prohibición se incluyen los supuestos habituales, pero se agrega la dignidad de la persona humana, conforme a las especificaciones del Título Preliminar. También se establecen los criterios de determinación, bienes futuros, ajenos, litigiosos y la contratación sobre herencia futura.

Se propone una regulación del objeto de los contratos de larga duración.

El modelo contractual "clásico" está basado en reglas que nacen de una etapa, que es el consentimiento, en la cual las partes negocian y fijan las reglas de modo definitivo. El estudio de estos fenómenos fue concebido como una fotografía estática: el contrato tiene un comienzo, a través del consentimiento, y un fin, por efecto de alguna causa de extinción. Hoy en día se comienzan con contactos sociales, tratativas, ofertas, consentimiento, ejecución extensa, deberes pos-contractuales, todo en una secuencia en la que resulta difícil separar etapas; su estudio se parece más a una película capaz de captar el dinamismo.

Habitualmente, la noción de "reciprocidad", o "conmutatividad" es comprendida como una ecuación que surge en el momento en que el contrato se celebra. Este concepto no puede ser mantenido en un vínculo extenso: los contratos se reformulan en su contenido en la medida del cambio de tecnologías, precios, servicios, y sería insensato obligar a las partes a cumplir puntualmente con lo pactado en el sinalagma original. El objeto del contrato puede prever una operación temporalmente extensa que requiere, de una comprensión dinámica.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso es que debemos interpretar el elemento conmutativo del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

No nos parece prudente desarrollar una compleja regulación de este tema novedoso y controvertido. Hemos optado por un solo artículo breve que establece que "en los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber secundario de conducta de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decida la rescisión

debe dar a la otra una oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

En cuanto a la causa, se deben tener en cuenta los textos existentes en los Títulos sobre los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones. En la disciplina contractual se reproducen las normas del Proyecto de 1998, el que, a su vez, siguió el de 1993 y la posición de la doctrina mayoritaria.

Conforme con los fundamentos del mencionado proyecto: “Se pone el acento en la finalidad, estableciendo que la causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución, así como que la inexistencia de la causa, o su insubsistencia, da lugar, según los casos, a la nulidad, a la adecuación o a la extinción del contrato, o a la ineficacia de sus estipulaciones. Se presume que el contrato tiene causa, aunque no esté expresada, y que ella es lícita. Se prevé que, si el contrato en el cual la causa expresada resulta falsa, vale igualmente si el interesado prueba que se funda en otra causa verdadera, siempre que ésta sea lícita”.

Para la regulación de la forma y prueba, se siguen los lineamientos generales de la doctrina y proyectos anteriores.

6. Efectos. Vicios redhibitorios y obligación de saneamiento

En la Sección 1ª se adopta el principio efecto relativo de los contratos, siguiendo las normas del Proyecto de 1998. En todo lo demás, salvo algunas adaptaciones y recepción de observaciones de la doctrina, se sigue al Proyecto referido en cuanto a la incorporación de terceros al contrato, excepciones al cumplimiento, cumplimiento imposible, obligación de saneamiento, garantía de evicción y por vicios ocultos.

En la Sección 2ª se regula la incorporación de terceros al contrato, siguiendo los antecedentes del Proyecto de 1998, con las correcciones que han sido sugeridas por la doctrina.

En la Sección 3ª se establece la suspensión del cumplimiento con dos normas importantes. En la primera se establece que “en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofreciera fehacientemente cumplir, siempre que hubiera una afectación significativa de la relación de equivalencia y la obligación no fuere a plazo. Podrá también demandar judicialmente la ejecución judicial simultánea de las obligaciones de ambas partes. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede rehusarse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación”. En la segunda, hay un mecanismo de tutela preventiva que establece: “Una parte puede

suspender su propio cumplimiento si sus derechos corrieren una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando ésta cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado”.

Ambas normas dan solución práctica a muchos conflictos de manera preventiva.

En cuanto a los vicios redhibitorios y la obligación de saneamiento, se han seguido los criterios ya consensuados en proyectos anteriores.

7. Interpretación

En materia de interpretación se consagra el principio de la buena fe, en concordancia con el Título Preliminar.

Siguiendo las líneas de proyectos anteriores, se consagra la interpretación estricta para los casos en que así lo dispone una estipulación o disposición legal.

Para los demás casos se debe tomar en consideración las circunstancias en que el contrato se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; la conducta de las partes, incluso la posterior a la celebración del contrato; la naturaleza y finalidad del contrato; el sentido que comúnmente se dé a tales cláusulas y expresiones en la actividad a la que corresponda su objeto.

También se precisa el significado que debe dársele a las palabras del contrato, la interpretación conforme al conjunto del acto, el principio de conservación, el principio de apariencia, y el de coherencia.

Se consagran principios clásicos de la hermenéutica contractual. En este sentido cabe resaltar la norma que sostiene: la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto. Este dispositivo es esencial en las relaciones mercantiles.

8. Subcontrato. Extinción, modificación y adecuación del contrato

En este Capítulo se regula el subcontrato como un nuevo contrato, mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratista una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal. En cuanto a las consecuencias, se siguen las disposiciones del Proyecto de 1998.

En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones.

9. Contratos conexos

Se ha incorporado una regulación amplia de los contratos conexos, ampliamente investigada en la doctrina. Esta labor es descriptiva, pero escasean los conceptos normativos y hay pocos antecedentes en el derecho comparado. Por esta razón no es sencillo delimitar con precisión los elementos constitutivos del concepto, así como sus fronteras. Por otra parte, siendo una excepción al principio del efecto relativo de los contratos, no pueden admitirse criterios laxos que afecten la noción y funcionamiento del contrato. Estas razones hacen que sea imprescindible una definición normativa, que consta de los siguientes elementos:

a.- Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí. El primer elemento es que existan dos o más contratos, es decir, no se trata de un fenómeno que ocurre dentro de cada contrato, sino que es exterior e involucra a varios.

b.- Una finalidad económica común. La idea de negocio económico hace que se utilicen varios contratos para concretarlo o para hacerlo más eficaz. Es una finalidad supracontractual.

c.- Previamente establecida. No se trata de cualquier finalidad económica común, sino de un diseño previo. Es muy habitual que los vínculos queden conectados de múltiples maneras, pero lo que se toma en cuenta es una finalidad previa.

d.- De modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. La decisión de vincular contratos es decisiva para el logro del resultado; lo importante es el negocio económico y el contrato es un instrumento.

De esta manera quedan comprendidas las redes contractuales que constituyen un importante sector de la actividad económica.

Luego se regulan los efectos en materia de interpretación, y la oponibilidad de las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso.

Título III: “Contratos de consumo”

1. Método

De conformidad con la posición asumida en el punto primero del Título II, hemos decidido incorporar la regulación de los contratos de consumo.

Hemos asumido que constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general.

Un aspecto preliminar de este Título se vincula con la extensión de la regulación, en particular, si es adecuado reproducir en el Código Civil las reglas de la legislación de consumidores o bien sólo unos principios y reglas generales.

La primera opción no ha sido seguida en la legislación comparada. Si bien hay códigos que han incorporado reglas específicas, lo han hecho de modo muy limitado. Hay dos tipos de razones que fundamentan esta actitud: a) la dinámica constante de las relaciones de consumo hace que sean muy cambiantes, y por eso es que resulta muy necesaria e insustituible la legislación especial, que puede ser fácilmente modificada; b) la sectorialización de la legislación constituye una especie de descodificación del propio subsistema. Hoy existen normas especiales sobre contratos financieros, bancarios, medicina privada, publicidad y muchas otras que hacen muy difícil e inconveniente una sola regulación.

Por estas razones se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes:

a.- En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.

b.- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela.

c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.

d.- En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación

especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

De modo complementario con esta concepción, es necesario dar cabida a críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores, y, en los aspectos generales, solucionar algunos problemas. Por esta razón es que abordamos la noción de relación y de contrato de consumo y otros aspectos.

2. Definición de relación y contrato de consumo

La regulación del contrato de consumo requiere una definición legal, cuestión que, a su vez, depende de lo que se entienda por relación de consumo.

Por esta razón se adoptan las siguientes definiciones normativas:

Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún

fallo que lo recepta, con base en la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.

3. Consecuencias prácticas del método adoptado

a.- Al separar en dos Títulos, el régimen de contratos de consumo es totalmente diferente. Por esta razón, en los contratos de consumo hay un control de incorporación y de contenido de la cláusula abusiva. Esta característica hace que pueda ser declarada abusiva aun cuando el consumidor la apruebe; lo mismo ocurre con la aprobación administrativa; nada impide la declaración de abuso. Esta regla se aplica aunque el contrato de consumo sea de adhesión o no, porque la adhesión (que es un problema de incorporación de la cláusula) es indiferente; lo que importa es que sea de consumo.

b.- En el otro extremo están los contratos negociados, regulados en el primer Título, a los que nada de lo anterior se aplica. Dentro de los contratos negociados, puede haber una situación de debilidad que son los de adhesión, donde la negociación no se produce. En estos casos distinguimos: si hay negociación, es válido; si no la hay, puede haber declaración de abuso.

c.- Es necesario definir la relación de consumo, porque ésta comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales. Ello permite regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la publicidad, derivados de actos unilaterales, y contratos, que son actos bilaterales.

d.- En la definición se utiliza como elemento de calificación al consumo final..

4. Formación del consentimiento

En este tema hay profundas diferencias con la parte general de contratos regulada en el Título II, y además, no hay una regulación sistemática en el derecho argentino, lo que justifica una mayor extensión en el tema.

En primer lugar se consagra una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos, las características esenciales del bien o del servicio y toda otra

circunstancia relevante para la celebración del contrato. Esta disposición no es igual a la existente en los contratos en general, donde la parte que obtiene información a su costo, no tiene, por regla general, que compartirla.

Se propone la regulación de las prácticas abusivas. Conforme con lo dicho en relación al método, debe comenzarse con la Constitución Nacional que establece el "trato digno", de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales.

La ley actual contiene la siguiente norma: "Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor" (artículo 8 bis incorporado por artículo 6° de la ley 26.361).

Sin derogarla, aunque ajustando su redacción para adecuarla a la regulación contenida en el Anteproyecto, se la amplía con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

También se sugiere la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores.

La ley vigente tiene la siguiente norma: "Efectos de la Publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de

comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente” (artículo 8º, párrafo incorporado por el artículo 1º de la 24.787).

La regulación que proponemos es más amplia, sistemática y conforme a los criterios actuales de la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores. Se define la publicidad ilícita, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales, y se especifican las acciones que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato.

5. Modalidades especiales

En este Capítulo se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, celebrados a distancia y celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, y que son las siguientes:

- El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado.
- La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación.
- El derecho a la revocación.
- El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fija la jurisdicción.

Estas normas completan las existentes en los artículos 32, 33, 34 de la ley especial (26.361) y proveen soluciones a problemas muy concretos señalados por la doctrina. Se sigue la técnica de reglas generales que pueden ser complementadas por la legislación posterior específica.

6. Cláusulas abusivas

En este Capítulo se disponen reglas generales sobre las cláusulas abusivas.

En cuanto a las normas aplicables, se debe recurrir a las de este Capítulo, a las de las leyes especiales y a las relativas a contratos celebrados por adhesión. Como ya dijimos, estas últimas resultan aplicables existan o no cláusulas generales, ya que el elemento activante es la existencia de un contrato de consumo. En todos los casos resulta aplicable siempre la tutela más favorable al consumidor, como surge expresamente de la

parte inicial de este Capítulo. También se aclara que pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean aprobadas expresamente por el consumidor.

Se define la cláusula abusiva conforme a un criterio general: es abusiva la cláusula que, aunque se haya negociado individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor. Ello se complementa con los listados existentes en las leyes especiales.

También se define la situación jurídica abusiva, diciendo que ella se configura cuando el mismo resultado abusivo se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos. Ello es consistente con lo dispuesto en materia de ejercicio abusivo en el Título Preliminar y de contratos conexos en la parte general de contratos.

Se establece que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas, lo cual es coherente con normas de derecho comparado.

Finalmente, se establecen las facultades judiciales.

Título IV: “Contratos en particular”

La regulación de los contratos en particular no distingue aquellos supuestos vinculados a los consumidores (como por ejemplo, compraventa; compraventa de consumo), ni afirma que hay que aplicar las normas de defensa del consumidor en forma subsidiaria o derogatoria o en qué casos no se aplica tal o cual norma.

La razón de ello es que hay una división del tipo general, como lo explicamos en la parte general. Cuando existe una regulación general del contrato siguiendo el modelo clásico o paritario o entre iguales, es necesario luego, en cada contrato en especial, definir qué reglas se aplican o no a los vínculos de consumo. Otra alternativa es regular separadamente cada contrato especial (compraventa/compraventa de consumo).

El Anteproyecto presenta una fractura del tipo general y por lo tanto hay dos partes generales. El sistema funciona más claramente de este modo:

- Si hay un contrato discrecional, hay plena autonomía privada. Se aplica el Título II, “de los contratos en general”.
- Si hay un contrato celebrado por adhesión, no hay consentimiento sino adhesión. Se aplica el Título II, Capítulo 3, Sección 2ª, artículos 984 y siguientes, dedicados a esos vínculos.

- Si hay un contrato de consumo, se aplica el Título III. En este caso no interesa si hay o no adhesión, ya que el elemento que define la tipicidad son los elementos descriptos en el artículo 1092.

Si hay una compraventa u otro de los contratos descriptos en la parte especial habrá que determinar si es celebrada entre iguales (normas generales del Título II), si hay adhesión (Título II, capítulo 3, Sección 2ª) o si es de consumo (se aplica el Título III).

Compraventa. Permuta. Suministro

El régimen jurídico de la compraventa expuesto en el Proyecto de 1987, que propuso el reemplazo íntegro del Título III de la Sección 2ª del Libro Segundo del Código Civil, fue reiterado, con algunas modificaciones, por los proyectos posteriores. De acuerdo con la metodología adoptada, este Anteproyecto ha tomado como base el Proyecto de 1998, que constituye la síntesis de los anteriores. Se han efectuado modificaciones teniendo en cuenta los aportes de la doctrina posterior a dicho proyecto y el sistema general del presente.

En lo que concierne a la definición, se establece que hay compraventa si una de las partes se obliga a transferir la propiedad de una cosa y la otra a pagar un precio en dinero. Además, se toma en cuenta que es un modelo típico cuyas normas se aplican supletoriamente a los contratos por los cuales una parte se obliga a transferir a la otra derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, o a constituir los derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, o servidumbre, y dicha parte, a pagar un precio en dinero o transferir la titularidad de títulos valores por un precio en dinero.

Esta definición toma en cuenta la que adoptaron los proyectos anteriores, el Proyecto de 1987 (artículo 1323), y los dos de 1993, el de la Comisión Federal, (artículo 1323) y el del Poder Ejecutivo, (artículo 1064). Sin embargo, se propone el reemplazo de la palabra “dominio” por “propiedad” como dice el artículo 1323 del Código Civil vigente. Ello es así porque no se han dado razones suficientes para justificar el abandono de la palabra propiedad y su reemplazo por “dominio”, teniendo en cuenta que, tanto la Constitución Nacional como los tratados firmados por la República Argentina, no hablan de dominio, sino de propiedad. En el lenguaje común está consolidada la idea de que quien compra una cosa lo hace para adquirir la propiedad de ella; ese conocimiento y general aceptación no justifica el reemplazo del vocablo conocido y aceptado, máxime si el cambio parece obedecer a un tecnicismo jurídico prescindible. En derecho comparado,

incluyen en la definición de compraventa el derecho de propiedad, entre otros, los códigos alemán (parágrafo 433, inc. 1) e italiano (artículo 1470).

También hay que tener en cuenta que, si se sigue el sistema del Proyecto del 98, la compraventa queda reducida a la transferencia de la propiedad o dominio, en tanto la cesión amplía su campo de aplicación ya que se la define como aquel contrato “mediante el cual una de las partes transfiere a otra un derecho” (artículo 1527). Con esos textos, se podría interpretar que salvo la propiedad o dominio, que se venden, los restantes derechos reales se ceden. Por ello, desde el Proyecto de 1993 (CF) se incluye un artículo que deja establecido que las reglas de la compraventa se aplican supletoriamente a la transferencia o constitución de otros derechos reales que se mencionan en el artículo respectivo. Con la inclusión de ese texto, queda establecido que el objeto de la venta no se limita a la propiedad o dominio, sino que comprende también la transferencia o constitución de otros derechos reales.

Con el propósito de precisar el campo de aplicación de la compraventa, se incluyen dos textos que permiten distinguirla de otros contratos.

La compraventa se distingue del contrato de obra. Se sostiene que cuando una de las partes se compromete a entregar cosas por un precio, aunque éstas hayan de ser manufacturadas o producidas, se aplican las reglas de la compraventa, a menos que de las circunstancias resulte que la principal de las obligaciones consiste en suministrar mano de obra o prestar otros servicios. Si la parte que encarga la manufactura o producción de las cosas asume la obligación de proporcionar una porción substancial de los materiales necesarios, se aplican las reglas del contrato de obra. Esta norma es muy relevante y, además, coherente con el distingo entre la obligación de dar y la de hacer, así como con la definición de obra que se utiliza en este Anteproyecto.

Se delimita la compraventa de la permuta, señalando que si el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato es de permuta si es mayor el valor de la cosa, y de compraventa en los demás casos.

Estas normas relativas a la delimitación normativa del concepto de compraventa, se cierran con la siguiente: el contrato no será juzgado como de compraventa, aunque las partes así lo estipulen, si para ser tal le faltase algún requisito esencial. Se mantiene así el texto del artículo 1326 del Código Civil vigente. Si bien el Proyecto de 1998 prefirió omitirlo, nos parece importante incluirlo en este Anteproyecto porque contribuye y es útil para la tarea de calificación del contrato. La importancia de conservar la regla guarda correspondencia con las categorías de contratos nominados, pues más allá del lenguaje

utilizado por las partes, un contrato pertenecerá a una u otra categoría según el contenido de sus cláusulas esenciales.

Seguidamente se establece la regla general: nadie está obligado a vender, excepto que se encuentre sometido a la necesidad jurídica de hacerlo.

Se disponen una serie de normas sobre las cosas vendidas. A diferencia del Proyecto de 1998, consideramos que no es sobreabundante dejar sentado que se pueden vender todas las cosas que pueden ser objeto de los contratos, por cuanto ello implica remisión a los requisitos del objeto de los actos jurídicos, con las especificaciones contenidas en la parte general para los contratos en general. Juzgamos que la completa omisión es un defecto de técnica legislativa y, por el contrario, su regulación evitará toda especulación interpretativa, cuando la venta sea de bienes que no son cosas. Se dispone, entonces, que pueden venderse todas las cosas que puedan ser objeto de los contratos. Si la venta es de cosa cierta que ha dejado de existir al tiempo de perfeccionarse el contrato, éste no produce efecto alguno. Si ha dejado de existir parcialmente, el comprador puede demandar la parte existente con reducción del precio. Puede pactarse que el comprador asuma el riesgo de que la cosa cierta haya perecido o esté dañada al celebrarse el contrato. El vendedor no puede exigir el cumplimiento del contrato si al celebrarlo sabía que la cosa había perecido o estaba dañada.

Respecto de la venta de cosa futura, nuestra doctrina, a partir del artículo 1332 vigente, interpretó que tal venta podía ser conmutativa o aleatoria. En el primer caso (venta de cosa esperada) la consideró condicional; en el segundo (venta de esperanza), aleatoria. En el caso de la conmutativa, la condición consistía en que la cosa "llegue a existir" y el vendedor debía actuar según las circunstancias, no sólo para no impedir que exista, sino realizando todas las tareas y esfuerzos necesarios para que la existencia se concrete; este comportamiento del vendedor no era una *obligación* sino parte de la condición. El Proyecto de 1998, en la parte general de los contratos (artículo 948, inc. b), refiriéndose a las cosas futuras, mantiene la distinción entre contrato conmutativo condicional y aleatorio por asunción del riesgo. Pero luego, al referirse a la venta de cosa futura en particular (artículo 1069), convierte el deber del vendedor de hacer los esfuerzos necesarios para que la cosa exista, en una verdadera *obligación*. Por cierto, el legislador puede hacerlo, pero debe tener presente que con esa redacción (la del artículo 1069, del Proyecto de 1998) se desdibuja la figura de la venta conmutativa de cosa futura, que queda prácticamente asimilada al contrato de obra, en el que también el empresario está obligado a producir o construir una obra (artículo 1175, Proyecto de 1998). Por ello

proponemos mantener la calificación de “condicional” a la venta de cosa futura. En lo que atañe a la aleatoria, sólo apuntamos que, cuando el comprador asume el riesgo sobre la existencia de la cosa, debe hacerlo por cláusula expresa. Se establece entonces que, si se vende cosa futura, se entiende sujeta a la condición suspensiva de que la cosa llegue a existir. El vendedor debe realizar las tareas y esfuerzos que resulten del contrato, o de las circunstancias, para que ésta llegue a existir en el tiempo y condiciones convenidas. El comprador puede asumir, por cláusula expresa, el riesgo de que la cosa no llegue a existir sin culpa del vendedor.

En lo restante, los artículos referidos a la venta de cosas que han dejado de existir, total o parcialmente y a la de cosas ajenas, nos limitamos a reiterar lo que fue proyectado en 1998, que no ha merecido objeciones de la doctrina.

En relación al precio se sostiene que 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 hubiesen previsto el procedimiento para determinarlo. Luego se acepta que la determinación del precio puede ser deferida a un tercero designado en el contrato o después de su celebración. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre su designación o sustitución, o si el tercero no quiere o no puede realizar la determinación, el precio lo fija el juez por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Finalmente se establecen los supuestos de precio convenido y no acordado por unidad de superficie.

Entre las obligaciones del vendedor, se establece que debe transferir al comprador la propiedad de la cosa vendida. También está obligado a poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta, y a prestar toda cooperación que le sea exigible para que la transferencia del dominio se concrete. También se establece que están a cargo del vendedor los gastos de la entrega de la cosa vendida y los que se originen en la obtención de los instrumentos referidos en el artículo anterior. Entre las obligaciones del comprador se establece la de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, recibir la cosa y los documentos vinculados con el contrato. En estos textos se alude a la obligación nuclear y típica del contrato, transferir y pagar el precio, así como a los deberes colaterales, los cuales son absolutamente diferentes en cuanto a su entidad y funciones. Sin embargo, se ha mantenido la idea de incluirlos en un solo artículo para cada parte, porque de este modo queda claro que el

vendedor o el comprador tienen un plexo de obligaciones y deberes, si bien de distinta entidad. Es labor de la doctrina desarrollar aisladamente cada uno de ellos.

Se consideró necesario desarrollar como un conjunto sistemático las reglas específicas aplicables a la compraventa de cosas muebles, facilitando su comprensión y aplicación. Se establecen disposiciones particulares sobre el precio, entrega de factura, documentos, plazo de entrega de la cosa, puesta a disposición de las cosas vendidas, entrega anticipada de cosas no adecuadas al contrato, riesgos, recepción de la cosa y pago del precio, plazo para reclamar por los defectos de las cosas, compraventa por junto, compraventas sujetas a condición suspensiva, cláusulas de difusión general en los usos internacionales, compraventa con cláusula pago contra documentos. Este grupo de normas tiene mucha relevancia en el tráfico comercial; en materia de consumo se aplica el Título III. Se han mantenido artículos del Proyecto de 1998, con algunas modificaciones.

En primer lugar, entendemos que la obligación del vendedor de permitir que el comprador examine las cosas compradas es exigible, como regla, en toda compraventa. Por ello, si el ejercicio de esta facultad le fuera impedido, tiene el derecho de suspender el pago del precio.

Cuando las cosas vendidas se entregan “en fardos o bajo cubierta”, lo que impide su examen y reconocimiento inmediato, el artículo 1091 del Proyecto de 1998 le concede al comprador un plazo de tres días para efectuar ese examen. Por nuestra parte pensamos que ese plazo debe ser ampliado a diez días para adecuarlo al artículo 32 de la ley 24.240 actualmente vigente. De todos modos, si el vendedor estimara que el plazo, teniendo en cuenta las circunstancias, los usos o las particularidades de la venta, es excesivo, puede exigir que el examen se haga en el momento de la entrega, para evitar la postergación del pago del precio.

También se ha considerado conveniente agrupar las disposiciones sobre cláusulas y pactos, para que sea más claro establecer el distingo entre unos y otros. El pacto de retroventa es aquél por el cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida y entregada al comprador contra restitución del precio, con el exceso o disminución convenidos. El contrato sujeto a este pacto se rige por las reglas de la compraventa sometida a condición resolutoria. El pacto de reventa es aquél por el cual el comprador se reserva el derecho de devolver la cosa comprada. Ejercido el derecho, el vendedor debe restituir el precio, con el exceso o disminución convenidos. Se aplican las reglas de la compraventa bajo condición resolutoria.

Con relación al pacto de preferencia, se establece que es aquél por el cual el vendedor tiene derecho a recuperar la cosa con prelación a cualquier otro adquirente si el comprador decide enajenarla. El derecho que otorga es personal y no puede cederse ni pasa a los herederos. Estas normas se complementan con lo dispuesto en la parte general.

Como regla general se establecen plazos para dar certeza jurídica y para no obstaculizar el tráfico de modo permanente.

Finalmente, en la Sección 8ª se regula el boleto de compraventa. Nuestra doctrina, y especialmente la jurisprudencia, ha expresado en numerosas ocasiones la necesidad de tutelar los derechos de los adquirentes de inmuebles por instrumento privado (boleto de compraventa). Por eso estimamos que en este Anteproyecto no pueden faltar algunos textos referidos a ese tema. Se aclaran y resuelven numerosos temas que han sido muy discutidos.

El boleto de compraventa de inmuebles da un derecho del comprador que tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos si el comprador pagó el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; si el boleto tiene fecha cierta; y si la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria.

Se reitera la solución, hoy tradicional, según la cual los boletos de compraventa de inmuebles de fecha cierta otorgados a favor de adquirentes de buena fe son oponibles al concurso o quiebra del vendedor si se hubiera abonado el veinticinco por ciento del precio. El juez debe disponer que se otorgue la respectiva escritura. El comprador puede cumplir sus obligaciones en el plazo convenido. En caso de que la prestación a cargo del comprador fuera a plazo, deberá constituirse hipoteca en primer grado sobre el bien, en garantía del saldo de precio. Aunque se trata de una norma de tipo concursal, y el Anteproyecto considera que este tipo de relaciones se rige por lo dispuesto en el ordenamiento específico, hemos entendido conveniente mantener la norma en el Código Civil por el valor histórico que ella tiene.

Con referencia a la permuta, se la define, se regulan los gastos, y remite a las normas de compraventa de modo supletorio.

El suministro es el contrato en el que el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada, y el suministrado a pagar un precio por cada entrega o grupo de ellas.

Se establece un plazo máximo de veinte años, si se trata de frutos o productos del suelo o del subsuelo, con proceso de elaboración o sin él, y de diez años en los demás casos. El plazo máximo se computa a partir de la primera entrega ordinaria. Se fijan reglas sobre el modo de cumplir, el precio, el pacto de preferencia, el contrato por tiempo indeterminado, la resolución, la suspensión del suministro y las normas supletorias.

Locación

El contrato de locación existe si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero.

En este Anteproyecto se reduce la cantidad de artículos dedicados a este contrato, como lo hiciera el Proyecto de 1998. Asimismo, se ha tenido en cuenta la profusa legislación especial dictada en los últimos años, la interpretación jurisprudencial y doctrinal.

El Código actual y las leyes complementarias tienen una serie de normas referidas al contrato de locación que varían sustancialmente si es habitacional, empresario, agrario, de turismo, diplomático. El destino dado a la cosa puede ser determinado subjetiva u objetivamente. En el primer supuesto son las partes las que establecen el uso a dar a la cosa; en el segundo, es la cosa la que determina el uso que las partes deben darle. En general las cosas tienen un destino que surge de sus propias condiciones funcionales, de sus usos anteriores al contrato que se analiza, de la habilitación municipal y es a ello que denominamos determinación objetiva. Este distinguo es relevante, porque las partes pueden pretender ocultar el destino real a fin de obtener los beneficios de una legislación menos protectoria del locatario u otro propósito en fraude a la ley.

Estas reglas básicas se mantienen, pero hay que tener en cuenta que si es celebrado por consumidores, se aplican las reglas del contrato de consumo del Título III; si el locador es una persona de derecho público, se aplica el derecho administrativo.

Se establecen reglas sobre la oponibilidad, la transmisión por causa de muerte, la continuación. Debe destacarse la disposición que nulifica la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble locado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida sujeta a la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble.

Hay una tutela de la locación habitacional, ya que si el destino es habitacional, no podrá requerirse del locatario el pago de alquileres anticipados por períodos mayores de un mes; depósitos de garantía o exigencias asimilables, por cantidad mayor del importe equivalente a un mes de alquiler por cada año de locación contratado; el pago del valor llave o equivalentes.

En cuanto al plazo máximo se dispone que no puede exceder de veinte años para el destino habitacional y de cincuenta años para los otros destinos. Se sigue en ello al Proyecto de 1998 y del Proyecto de 1987.

El plazo mínimo en la locación de inmueble, cualquiera sea su destino, es de dos años.

Se establecen las obligaciones del locador: entregar la cosa conforme a lo acordado, conservarla, pagar las mejoras. Se dispone que la pérdida de luminosidad del inmueble urbano por construcciones en las fincas vecinas, no autoriza al locatario a solicitar la reducción del precio ni a resolver el contrato, excepto que medie dolo del locador.

En las obligaciones del locatario se establece que no puede variar el destino de la cosa, debe mantenerla, pagar el canon convenido, cargas y contribuciones por la actividad, restituirla.

Se regula la cesión de la locación como cesión de la posición contractual y la sublocación como subcontrato.

Se establecen los modos de extinción, la continuación de la locación concluida, la resolución imputable al locatario y al locador. También se regulan los efectos de la extinción, en particular la intimación de pago, el desalojo, y las cuestiones relativas a la caducidad de la fianza.

Leasing

Para la elaboración de los artículos sobre leasing se ha tenido en cuenta la ley 25.248, sus antecedentes, el Proyecto de 1998, la doctrina y las costumbres negociales. Se lo define como aquel en que el dador conviene transferir al tomador la tenencia de un bien cierto y determinado para su uso y goce, contra el pago de un canon, y le confiere una opción de compra por un precio. Se establece que pueden ser objeto de este contrato las cosas muebles e inmuebles, marcas, patentes o modelos industriales y software, de propiedad del dador o sobre los que el dador tenga la facultad de dar en leasing. También en este caso hay que tener en cuenta las normas de los contratos de consumo.

Se reproducen reglas conocidas y aceptadas sobre el canon, el precio del ejercicio de opción, modalidades de elección del bien, responsabilidades, servicios, la forma e inscripción, la oponibilidad, el uso y goce, la acción reivindicatoria.

Es importante resaltar que la opción de compra puede ejercerse por el tomador una vez que haya pagado tres cuartas partes del canon total estipulado, o antes si así lo convinieran las partes. En este tema, la ley 24.441 preveía que fuera el cincuenta por ciento de los periodos; el Proyecto de 1998 dispuso tres cuartas partes del canon total; la ley 25.248, el 75% del canon total. Se ha seguido entonces el criterio del Proyecto de 1998, por ser el más equilibrado.

También es relevante la regla que dispone que el derecho del tomador a la transmisión del dominio nace con el ejercicio de la opción de compra y el pago del precio del ejercicio de la opción conforme a lo determinado en el contrato. El dominio se adquiere cumplidos esos requisitos, excepto que la ley exija otros de acuerdo con la naturaleza del bien de que se trate, a cuyo efecto las partes deben otorgar la documentación y efectuar los demás actos necesarios.

Finalmente, cabe hacer referencia a la responsabilidad objetiva. El dador del leasing tiene la carga de contratar un seguro que cubra contra los riesgos ordinarios de responsabilidad civil que puedan causar los bienes objeto del contrato. Los riesgos y montos por los que debe contratar el seguro son los que establezca la reglamentación, o, en defecto de ésta, los que sean razonables. El damnificado tiene acción directa contra el asegurador, en los términos del contrato de seguro. El dador es responsable únicamente en los casos que no haya contratado este seguro. La responsabilidad del tomador se juzga según la responsabilidad por el hecho de las cosas.

La aplicación de esta regla general o el diseño de una norma especial para el leasing que proteja de alguna manera al dador, fue motivo de discusiones arduas. La ley 24.441 estableció que “la responsabilidad objetiva del dador emergente del artículo 1113 del Código Civil se limita al valor de la cosa entregada en leasing cuyo riesgo o vicio fuere la causa del daño si el dador o el tomador no hubieran podido razonablemente asegurarlo y sin perjuicio de la responsabilidad del tomador. Esta disposición motivó objeciones de distinto tenor: quienes favorecen la posición del dador y el desarrollo de este contrato como garantía, sostuvieron que lo más razonable para el funcionamiento del leasing hubiera sido disponer que solamente responde el tomador en su calidad de guardián de la cosa, liberando al propietario; en contra, quienes se posicionan en la defensa del tercero dañado, criticaron duramente esta limitación como arbitraria.

La ley 25.248 (artículo 17) dispone que la responsabilidad objetiva emergente del artículo 1113 del Código Civil recae exclusivamente sobre el tomador o guardián de las cosas dadas en leasing.

Frente a este debate es necesario buscar un equilibrio que contemple el derecho de las víctimas al resarcimiento y la necesidad de viabilizar este tipo de contratos. Por esta razón se elabora una norma que, siguiendo al Proyecto de 1998, establece un adecuado balance.

Obras y servicios

1) Elementos de calificación de obras y servicios

Es necesario abandonar la noción de "locación de obras y de servicios", que, aunque tiene una extensa tradición legal, no se compadece con los usos y la evolución de la doctrina. Por esta razón, siguiendo proyectos anteriores, se utilizan los vocablos "contratos de obra y de servicios".

Establecida esta premisa, surge el problema de distinguir entre los distintos tipos de obras y servicios. Este aspecto es central en el método de ordenamiento legislativo y esencial para disminuir la cantidad de litigios existentes, derivada de la confusión de fronteras.

Por esta razón nos parece adecuado establecer una Sección 1ª, como lo hace el Proyecto de 1998, de reglas comunes a las obras y servicios, la Sección 2ª para las obras y la Sección 3ª para los servicios. Sin embargo, en el referido proyecto no se establecen pautas para distinguir los diferentes subtipos, y por ello es que se aconsejan algunos agregados para cumplir con esa finalidad.

a) Distingo entre servicios autónomos y dependientes

La definición del contrato comienza señalando que se actúa independientemente. Este elemento permite una primera división, ya que el trabajo dependiente se encuentra regulado en la ley especial de contrato de trabajo 20.744 y sus modificatorias.

Para saber cuándo un servicio es dependiente o no se debe recurrir a las normas de la ley de contrato de trabajo. Sin perjuicio de ello, se establece que el prestador autónomo tiene discrecionalidad técnica, es decir, tiene libertad para elegir los medios que utiliza para la ejecución del contrato.

b) Distingo entre obras y servicios

El segundo elemento de calificación que incorpora la definición es que se obliga a "realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio".

Existe una gran dificultad en la doctrina y jurisprudencia para interpretar cuándo hay una obra y cuándo un servicio, con consecuencias importantes en numerosos casos.

Por esta razón cabe suministrar algunas pautas.

Un servicio es un hacer con un valor específico y no un dar. Desde el punto de vista económico, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto. La economía distingue entonces entre el servicio y el producto, de un modo análogo al distingo entre compraventa y el contrato de servicios. No obstante, se observa que en algunos servicios públicos (teléfonos, electricidad), se da una cosa a cambio de un precio, lo que puede generar confusiones. En el régimen del Código Civil de Vélez Sarsfield, puede contratarse un trabajo proveyendo la materia principal (artículo 1629) y por eso la ley los denomina adecuadamente “servicios” (conf. por ejemplo, ley 23.696).

De modo que el servicio puede caracterizarse como una actividad, que involucra una obligación de hacer. La fabricación de bienes y la transmisión de derechos reales, aunque puedan darse, son accesorios de la finalidad principal.

El servicio es actividad intangible. Desde el punto de vista del receptor, la actividad es intangible, se agota con el consumo inicial y desaparece. Este dato ha sido puesto de relieve para justificar la inversión de la carga de la prueba, porque quien recibe el servicio tiene dificultades probatorias una vez que la actividad se prestó (propuesta directiva de la CEE, 18-1-91).

La obra es resultado reproducible de la actividad y susceptible de entrega.

En la obra se pretende la obtención de un resultado, y no sólo la actividad de trabajo. El trabajo es un medio y el objeto propio es la utilidad abstracta que se puede obtener. En los servicios, el trabajo es un fin, y el objeto del contrato es la utilidad concreta que se deriva del trabajo. En los servicios se contrata a la persona en cuanto productora de utilidad; en la obra se contrata a la utilidad y la persona sólo es relevante en los supuestos en que sea *intuitu personæ*.

Contrato de obra. En el contrato de obra se contrata la utilidad de la persona y no a la persona en cuanto es útil. Este “producto” de la actividad tiene una característica en nuestro derecho: debe ser reproducible. Lo que interesa para calificar a la obra es la posibilidad de reproducirla con independencia de su autor. El servicio, por el contrario, es intangible, desaparece al primer consumo, y es necesario que concorra el autor para hacerlo nuevamente. Esta característica surge claramente de la ley 11.723: señala que obra es toda producción científica, literaria, artística, didáctica, cualquiera fuere el medio

de reproducción (artículo 1º); también son obras los comentarios, críticas (artículo 10º); los discursos políticos, conferencias sobre temas intelectuales (artículo 27); artículos no firmados, colaboraciones anónimas, reportajes, dibujos, grabados, informaciones en general que tengan un carácter original (artículo 28); el retrato de una persona (artículo 31); la representación teatral (artículo 51) y la interpretación musical (artículo 56). Como puede advertirse, no importa que la obra sea material o intelectual ni tampoco que se asiente sobre una cosa. Así definida la obra es un bien en el sentido del artículo 2312 del Código Civil, ya que es un objeto inmaterial susceptible de valor. En tal carácter es susceptible de entrega (artículo 1636).

En conclusión, la obra es “un trabajo determinado”.

Distingo entre diferentes tipos de obras: La obra material se encuentra regulada en la Sección 2ª. La obra intelectual se rige por la ley especial 11.723, y subsidiariamente por las disposiciones comunes.

Servicios y obras destinados a los consumidores: los contratos de obra y servicios destinados al consumidor se regulan por la ley 24.240. Para establecer esta calificación el Anteproyecto provee la definición de la relación y de contrato de consumo.

Contrato de servicios profesionales

Entendemos que no es necesario un tipo especial para regular el contrato de servicios profesionales como fue propuesta de regulación en el Proyecto de 1993 (PEN).

En primer lugar porque la diversidad de actividades profesionales hace difícil encuadrarlas en un solo tipo especial, y existe mejor adaptabilidad con las normas ya propuestas en el resto de los textos.

En segundo lugar, porque las reglas específicas contempladas en el Proyecto de 1993 (PEN) para dicho contrato, se encuentran en el Anteproyecto que presentamos.

La discrecionalidad técnica, la diferenciación con el contrato dependiente, los efectos de la utilización de terceros, el modo de determinar la obligación del profesional, están contempladas en las disposiciones generales de los contratos de obra y servicios. En la parte especial de los servicios se remite a las obligaciones de hacer, donde claramente se distinguen los casos de mera actividad de los otros en los que se promete la eficacia. También en obligaciones existen previsiones sobre la utilización de terceros, la imputación basada en la estructura del vínculo obligatorio, la confianza especial, y los deberes secundarios de conducta.

Los aspectos vinculados a la prueba están contemplados en obligaciones y los de la responsabilidad en la parte general de este tema. También en la parte general de contratos hay numerosas disposiciones propias de los servicios profesionales.

El profesional tiene discrecionalidad técnica, por ello puede elegir los medios a utilizar conforme con la ciencia y conocimientos que pone en juego en cada prestación. El Anteproyecto propone en el artículo 1253 que “el contratista o prestador de los servicios elige libremente los medios de ejecución del contrato”.

La obligación puede ser contratada *intuitu personae*, atendiendo a las condiciones personales insustituibles del profesional. En el caso en que no sea así, el profesional puede requerir la cooperación de terceros. El Anteproyecto dispone (artículo 1254) que “el contratista o prestador de servicios puede valerse de terceros para ejecutar el servicio, salvo que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente en todo o en parte. En cualquier caso conserva la dirección y la responsabilidad de la ejecución”.

Contrato de obra

Al tratar del contrato de obra el Anteproyecto pretende recoger las modalidades de fijación de precio, con lo que contempla el ajuste alzado (o de retribución global), la retribución por unidad de medida, por coste y costas, autorizando naturalmente que las partes pacten otros. Para cada uno de los casos se disponen reglas de fijación de la retribución, y para cerrar el sistema, se dispone que si nada se convino ni surge de los usos, se presume que la obra fue contratada por ajuste alzado. En todo ello se ha seguido al Proyecto de 1998.

En esta materia se regulan supuestos muy habituales y conflictivos: la imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa, la destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega, el derecho a verificar, la aceptación de la obra, los vicios o defectos y diferencias en la calidad, los vicios que no afectan la solidez ni hacen la obra impropia para su destino.

La responsabilidad por ruina es tratada de manera de superar diversos problemas interpretativos. Se establece (artículo 1274) que el constructor de una obra realizada en inmueble destinada por su naturaleza a tener larga duración responde al comitente y al adquirente de la obra por los daños que comprometen su solidez y por los que la hacen impropia para su destino. El constructor sólo se libera si prueba la incidencia de una causa ajena. No es causa ajena el vicio del suelo, aunque el terreno pertenezca al comitente o a un tercero, ni el vicio de los materiales, aunque no sean provistos por el

contratista. Esta responsabilidad se extiende concurrentemente (artículo 1274) a toda persona que vende una obra que ella ha construido o ha hecho construir si hace de esa actividad su profesión habitual; a toda persona que, aunque actuando en calidad de mandatario del dueño de la obra, cumplió una misión semejante a la de un contratista; según la causa del daño, al subcontratista, al proyectista, al director de la obra y a cualquier otro profesional ligado al comitente por un contrato de obra de construcción referido a la obra dañada o a cualquiera de sus partes. Por otra parte (artículo 1277), el constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a observar las normas administrativas y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por el incumplimiento de tales disposiciones.

También se establece un plazo de caducidad de diez años desde que es aceptada la obra.

Transporte

Se dispone, en el Capítulo 7, que hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio, y sus normas se aplican cualquiera que sea el medio empleado, excepto lo dispuesto por leyes especiales. El transporte a título gratuito no está regido por las reglas de este Capítulo, excepto que sea efectuado por un transportista que ofrece sus servicios al público en el curso de su actividad.

En los transportes sucesivos o combinados a ejecutar por varios transportistas, cada uno de ellos responde por los daños producidos durante su propio recorrido. Pero si el transporte es asumido por varios transportistas en un único contrato, o no se puede determinar dónde ocurrió el daño, todos ellos responden solidariamente sin perjuicio de las acciones de reintegro.

Se regulan la oferta al público, el plazo del traslado, la responsabilidad del transportista.

En una Sección especial se regula el transporte de personas, estableciendo que comprende, además del traslado, las operaciones de embarco y desembarco. Se establecen reglas sobre las obligaciones del transportista, del pasajero, la extensión de la responsabilidad por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista.

En el transporte de cosas se definen las obligaciones del cargador, su responsabilidad, la carta de porte, la guía, y los detalles referidos a la carga y su puesta a disposición. También se prevén normas de responsabilidad.

En general, se ha seguido al Proyecto de 1998, con algunas modificaciones que han sido señaladas como convenientes por la doctrina.

Mandato. Consignación. Corretaje

El Código Civil define el mandato diciendo que tiene lugar cuando una parte da a otra el poder, que ésta acepta, para representarla, al efecto de ejecutar en su nombre y de su cuenta un acto jurídico, o una serie de actos de esa naturaleza (artículo 1869). En el Código de Comercio se establece que es un contrato por el cual una persona se obliga a administrar uno o más negocios lícitos de comercio que otra le encomienda (artículo 221). En todos los proyectos de reformas del Código Civil se ha pensado en modificar estas definiciones normativas. Además, cabe tener en cuenta la influencia de la doctrina en la separación nítida entre la teoría de la representación y el mandato como contrato, así como la influencia de la legislación de protección de los consumidores.

Por estas razones este proyecto establece el siguiente ordenamiento:

- la representación es tratada dentro de las reglas generales del acto jurídico;
- el mandato como contrato contempla tanto la forma civil como comercial;
- cuando existen consumidores, se aplican las normas relativas a los contratos de consumo;
- se regulan seguidamente el mandato, la consignación y el corretaje, por sus estrechos lazos como vínculos de colaboración basados en la gestión.

El mandato existe cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones previstas en materia de representación, en el Libro Segundo, Título VII. Si no hay representación, el mandatario actúa en nombre propio pero en interés del mandante, este último no queda obligado directamente respecto del tercero, ni éste respecto del mandante. El mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante.

Sobre la base de estas claras distinciones entre las diversas modalidades, se disponen normas sobre onerosidad, capacidad, obligaciones del mandatario, conflicto de intereses.

Si el mandato se confiere a varias personas sin estipular expresamente la forma o el orden de su actuación, se entiende que pueden desempeñarse conjunta o separadamente. También se contempla la sustitución.

Se fijan minuciosamente las obligaciones del mandante: suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y compensarle, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que se haya incurrido para ese fin; indemnizar al mandatario los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato, no imputables al propio mandatario; liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros, proveyéndole los medios necesarios para ello; abonar al mandatario la retribución convenida. Si el mandato se extingue sin culpa del mandatario, debe la parte de la retribución proporcionada al servicio cumplido; pero si el mandatario ha recibido un adelanto mayor de lo que le corresponde, el mandante no puede exigir su restitución.

En cuanto a la extinción, se prevén los supuestos habituales.

Siguiendo proyectos anteriores, se regula la consignación, que existe cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles.

En la misma línea de política legislativa se incluye el corretaje. Hay contrato de corretaje cuando una persona, denominada corredor, se obliga ante otra a mediar en la negociación y conclusión de uno o varios negocios, sin tener relación de dependencia o representación con ninguna de las partes.

En particular se han previsto normas para el cobro de la comisión, tema que ha dado lugar a controversias. El corredor tiene derecho a la comisión estipulada si el negocio se celebra como resultado de su intervención. Si no hay estipulación, tiene derecho a la de uso en el lugar de celebración de su contrato o, en su defecto, en el lugar en que principalmente realizó su cometido. A falta de todas ellas, la fija el juez. Concluido el contrato, la comisión se debe aunque el contrato esté sometido a condición resolutoria y ésta no se cumpla; el contrato no se cumpla, se resuelva, se rescinda o medie distracto; el corredor no concluyó el contrato, pero inició la negociación y el comitente encargó su conclusión a un tercero, o lo concluyó por sí en condiciones sustancialmente similares. Finalmente, la comisión no se debe si el contrato está sometido a condición suspensiva y ésta no se cumple. Se anula por ilicitud de su objeto, por incapacidad o falta de representación de cualquiera de las partes, o por otra circunstancia que haya sido conocida por el corredor.

Depósito

El Anteproyecto entiende que hay contrato de depósito cuando una parte se obliga a recibir de otra una cosa con la obligación de custodiarla y restituirla con sus frutos. Es regulado como contrato consensual, habida cuenta la desaparición de la categoría de los contratos reales, y se presume oneroso.

En el depósito irregular se trata de la entrega de cantidad de cosas fungibles que no se encuentra en saco cerrado, caso en el cual el depositario adquiere el dominio y debe restituir la misma cantidad y calidad; y de la entrega de cantidad de cosas fungibles teniendo el depositario la facultad de servirse de ellas, lo que se sujeta a las reglas del mutuo.

El tratamiento dado al depósito en hoteles ha sido motivo de controversias. En el Proyecto de 1998 se introdujo una norma que limita la responsabilidad por los daños o pérdidas sufridos por las cosas de los pasajeros a un monto máximo, equivalente a cien veces el precio convenido por persona por cada día de alojamiento, salvo que medie culpa del hotelero o de sus dependientes; su antecedente es el Código Civil italiano (artículo 1783, reformado por la ley 316 del 10 de junio de 1978). En nuestro Anteproyecto se evitan, en lo posible, estos límites, y se han utilizado, en cambio, normas precisas que permiten que las partes resuelvan los problemas. El hotelero debe asumir una serie de riesgos derivados de la actividad, que son normalmente asegurables; en cambio, cuando hay objetos de valor que exceden ese riesgo, puede pactar la exclusión.

El sistema queda entonces regulado de la siguiente manera.

El depósito en los hoteles tiene lugar por la introducción en ellos de los efectos de los viajeros, aunque no los entreguen expresamente al hotelero o sus dependientes y aunque aquéllos tengan las llaves de las habitaciones donde se hallen tales efectos. El hotelero responde al viajero por los daños y pérdidas sufridos en: los efectos introducidos en el hotel; el vehículo guardado en el establecimiento, en garajes u otros lugares adecuados puestos a disposición del viajero por el hotelero. No responde si los daños o pérdidas son causados por caso fortuito o fuerza mayor ajena a la actividad hotelera. Tampoco responde por las cosas dejadas en los vehículos de los viajeros. Los viajeros que lleven consigo efectos de valor superior al que ordinariamente llevan los pasajeros deben hacerlo saber al hotelero, y guardarlos en las cajas de seguridad que se encuentren a su disposición en el establecimiento. En este caso, la responsabilidad del hotelero se limita al valor declarado de los efectos depositados. Si los efectos de los pasajeros son excesivamente valiosos en relación con la importancia del establecimiento, o su guarda causa molestias extraordinarias, los hoteleros pueden negarse a recibirlos.

Excepto en esos casos, toda cláusula que excluya o limite la responsabilidad del hotelero se tiene por no escrita.

Estas normas se aplican a los hospitales, sanatorios, casas de salud y deporte, restaurantes, garajes, lugares y playas de estacionamiento y otros establecimientos similares, que presten sus servicios a título oneroso.

Contratos bancarios

Los contratos bancarios tienen una importancia relevante en todos los campos, y por esta razón se ha decidido desarrollar un Capítulo para tratar de modo sistemático y profundo esta temática.

El elemento subjetivo es la presencia de entidades sujetas a la ley de entidades financieras; luego se desarrollan los contratos que esas entidades celebran habitualmente y se los regula. Por no reunir esas condiciones, la cuenta corriente se trata de modo autónomo, como contrato mercantil, ya que no es específicamente bancario. Asimismo, cuando el otro contratante es un consumidor, se disponen normas específicas, además de las que surgen de la aplicación del Título III sobre contratos de consumo.

Es propósito del Código Civil establecer normas que permitan orientar las prácticas negociales de una manera que disminuya la litigiosidad y es por eso que se incluye una Sección 1ª relativa a la transparencia en las condiciones contractuales. Se dispone que:

- la publicidad, la propuesta y la documentación contractual deben indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial.
- Los bancos deben informar en sus anuncios en forma clara la tasa de interés, gastos, comisiones y demás condiciones económicas de las operaciones y servicios ofrecidos.
- El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente.
- Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condiciones contractuales se tienen por no escritas.
- El banco debe comunicar en forma clara, escrita o por medios electrónicos previamente aceptados por el cliente, al menos una vez al año, el desenvolvimiento de las operaciones correspondientes a contratos de plazo indeterminado o de plazo mayor a un año.

- El cliente tiene derecho, en cualquier momento, a rescindir un contrato por tiempo indeterminado sin penalidad ni gastos, excepto los devengados antes del ejercicio de este derecho.

En la misma línea de política legislativa se establecen reglas para los contratos celebrados con consumidores y usuarios. Se aplican las disposiciones relativas a los contratos de consumo, se establecen normas sobre publicidad, información, obligaciones precontractuales y contenido.

Luego de estas normas introductorias se regulan los contratos.

Se comienza con el depósito en dinero, a la vista, a plazo.

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.

El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses convenidos.

El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y a éste a anticiparle el importe del crédito, con deducción de los intereses.

En la apertura de crédito, el banco se obliga, a cambio de una remuneración, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado; si no se expresa la duración de la disponibilidad, se considera de plazo indeterminado.

El servicio de caja de seguridad es muy utilizado en nuestro país y ha motivado una profusa litigiosidad, razón por la cual se regula especialmente. Esta tesis fue adoptada por el Proyecto de 1987 y los sucesivos proyectos de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, del Poder Ejecutivo del mismo año, y de 1998. En todos ellos se otorga especificidad al contrato de caja de seguridad, independizándolo del contrato de depósito, por cuanto tiene una naturaleza diversa de éste.

Las diferencias son en cuanto a la responsabilidad del prestador del servicio, ya que en el Proyecto de 1998 se establece que sólo puede eximirse de responsabilidad por el caso fortuito externo al servicio prestado y por vicio propio de las cosas guardadas con lo que se precisa la formulación que hacían los antecedentes.

En nuestro Anteproyecto se adopta una perspectiva diferente para hacer más clara la responsabilidad del banco. El prestador de una caja de seguridad responde frente al usuario por la idoneidad de la custodia de los locales, la integridad de las cajas y el contenido de ellas, conforme con lo pactado y las expectativas creadas en el usuario. No responde por caso fortuito externo a su actividad, ni por vicio propio de las cosas guardadas. La incorporación de las expectativas del consumidor es importante para este tema.

Se aclara que la prueba del contenido de la caja de seguridad puede hacerse por cualquier medio. La cláusula que exime de responsabilidad al prestador se tiene por no escrita, pero es válida la cláusula de limitación de la responsabilidad del prestador hasta un monto máximo sólo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador.

En la custodia de títulos, el banco que asume a cambio de una remuneración la custodia de títulos en administración debe proceder a su guarda, gestionar el cobro de los intereses o los dividendos y los reembolsos del capital por cuenta del depositante y, en general, proveer la tutela de los derechos inherentes a los títulos.

Se dedica un Capítulo entero al factoraje, contrato por el cual una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio en dinero determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos. Se prevé que puedan contratarse otros servicios de administración y gestión de cobranza, asistencia técnica, comercial o administrativa respecto de los créditos cedidos. Se soluciona el problema de la cesión global de créditos existentes y futuros, declarando su validez. Se especifican los elementos que debe incluir el contrato, el título para la transmisión, las garantías, la imposibilidad del cobro del derecho de crédito cedido. Se dispone que la transmisión de los derechos del crédito cedido debe ser notificada al deudor cedido por cualquier medio que evidencie razonablemente la recepción por parte de éste.

Contratos celebrados en bolsa o mercado de comercio

Siguiendo los lineamientos del Proyecto de 1998, se introduce una norma general para este tipo de contratos, declarando la aplicación de la normativa de las autoridades de aplicación.

Cuenta corriente

La cuenta corriente se regula como contrato autónomo, ya que excede la práctica bancaria. Es el contrato por el cual dos partes se comprometen a inscribir en una cuenta las remesas recíprocas que se efectúen y se obligan a no exigir ni disponer de los créditos resultantes de ellas hasta el final de un período, a cuyo vencimiento se compensan, haciéndose exigible y disponible el saldo que resulte.

En el Código de Comercio se regula la cuenta corriente mercantil de un modo que ha sido criticado por la doctrina. Una de las cuestiones observadas es que afirma que los créditos se novan. No hay novación, sino compensación. Ello hizo que hubiera una reforma en el Proyecto de 1987, seguido por el de 1992, y por el del 1998, y por el presente. El efecto principal es la compensación y no la novación. Esta modificación hace que deba regularse el caso en que los créditos que se incorporan tengan garantías personales, reales, o sean solidarios. El Proyecto de 1998 dice, en sus fundamentos, que, "en consonancia con la eliminación del concepto de 'novación' vinculado a la incorporación de una remesa a la cuenta, se propone que las hipotecas, prendas y las garantías de los obligados solidarios se trasladen de pleno derecho al saldo de la cuenta. Esta operación, se estima, no afecta el principio de especialidad, en su caso". El Proyecto de 1993 (PEN) disponía (artículo 1434): "La inclusión por una de las partes de un crédito en la cuenta, o la aceptación de la cuenta por la otra, no produce novación; las garantías de las remesas se trasladan a los saldos".

El problema de estas reglas es que pueden afectar seriamente la situación de los codeudores solidarios, que quedarían incorporados a una cuenta corriente con título ejecutivo sin haber consentido esa situación. De igual modo ocurre con las garantías reales o personales. Por esta razón la norma proyectada dispone (artículo 1434): "Garantías de créditos incorporados. Las garantías reales o personales de cada crédito incorporado se trasladan al saldo de cuenta, en tanto el garante haya prestado su previa aceptación".

Para el cobro se establece que puede demandarse por vía ejecutiva y los casos en que queda expedita.

Existen artículos sobre el contenido, plazos, intereses, comisiones y gastos, garantías de créditos incorporados, cláusula "salvo encaje", embargo, resúmenes, garantías.

Contratos asociativos

1) Sociedad y contrato asociativo

La regulación de los contratos asociativos es absolutamente necesaria.

En los usos y prácticas es muy habitual que se celebren vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad. Su tutela jurídica es más evidente aun cuando se piensa en fortalecer la colaboración para alcanzar economías de escala entre pequeñas y medianas empresas, o para hacer compras o ventas en común, o desarrollos de investigación, o abordar grandes obras sin necesidad de asociarse.

Sin embargo, hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera. La conjunción entre la presunción de existencia de sociedad, personalidad jurídica y tipicidad legal, en el contexto económico actual, se muestra insuficiente. Las actividades en común, informales, transitorias, quedan encorsetadas en la hermeticidad conceptual de este modelo de "sociedad-persona jurídica-típica".

La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica.

El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad.

2) Antecedentes

En Argentina se sancionó la ley 22.903 de 1983, en la que se regulan las uniones transitorias de empresas y las agrupaciones de colaboración. Ambas se basan en la integración de recursos complementarios para la adquisición inmediata y a título originario de beneficios derivados de dicha integración.

En materia de contratos asociativos y reformas a la ley de sociedades, los Proyectos de 1993 (CF), así como el de 1998, contienen esta regulación.

En este Anteproyecto se ha adoptado esta tesis, ampliamente compartida en la doctrina argentina, regulando los vínculos asociativos, estableciendo precisiones a fin de distinguirlos del modelo societario.

Por un lado, se proponen normas generales para todos los contratos asociativos y se incluyen dentro del Código Civil el tratamiento del negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias. Por el otro, no existe regulación de la sociedad en el Código Civil. Esta sistemática es más acorde con la unificación de las materias civiles y comerciales pues extiende también esta unificación a la ley de sociedades.

A la inversa, se trasvasan al Código Civil los llamados “contratos de colaboración” en la Ley de Sociedades (artículos 367 a 383 introducidos por la reforma de 1982), precisamente porque son contratos y no sociedades. A su vez, se tiende a la unificación porque se evita referirse a “sociedades comerciales” o “empresarios” cuando se enumeran los posibles constituyentes. También se incluyen los negocios en participación, que es como la doctrina tipifica, en general, a las hoy llamadas “sociedades en participación”.

3) Regulación

Disposiciones generales

Hay una primera sección sobre disposiciones generales que establece reglas muy importantes para resolver discusiones doctrinales.

Se dispone que:

- Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad.
- Los contratos legislados en este Capítulo no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho.
- No se les aplican las normas sobre la sociedad.
- A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad.

También se resuelve el problema de la representación. Cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación, lo dispuesto en el contrato, o las normas de las Secciones siguientes de este Capítulo.

En estos contratos hay libertad de formas y libertad de contenidos.

Negocio en participación

El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público. Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo respecto del gestor. La responsabilidad de éste es ilimitada.

El partícipe es la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No tiene acción contra éstos ni éstos contra aquél, en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común.

Para estos supuestos se regula el derecho de información, rendición de cuentas, y la regla de que las pérdidas que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte.

Agrupaciones de colaboración

Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. En estos contratos es relevante que:

- La agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro.
- Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas.
- La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.

Se fijan reglas para la forma, contenido, resoluciones, dirección, administración, fondo común operativo, estados de situación y los modos extintivos.

Es importante que los participantes respondan ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. La acción queda expedita después de haberse interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación. El demandado por cumplimiento de la obligación tiene derecho a oponer las defensas personales y las comunes que correspondan a la agrupación. El participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo por las obligaciones que los representantes hayan asumido en representación de un participante, haciéndolo saber al tercero al tiempo de obligarse.

Uniones transitorias

Hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

Se disponen reglas para la forma, contenido, representante, inscripción registral, acuerdos, quiebra, muerte o incapacidad.

Se consagra la regla de la no solidaridad: excepto disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas frente a los terceros.

Conorcios de cooperación

Hay contrato de consorcio de cooperación cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados.

En la normativa se siguen las disposiciones de la ley 26.005.

Agencia. Concesión. Franquicia

Para la regulación de estos contratos con finalidad distributiva, se ha seguido al Proyecto de 1998, con modificaciones para adaptarlo a nuevas modalidades que se han desarrollado en los últimos años, así como la experiencia que aporta el derecho comparado con nuevas leyes y la labor de Unidroit.

Agencia

Se establece que hay contrato de agencia cuando una parte, denominada agente, se obliga a promover negocios por cuenta de otra denominada proponente o empresario, de manera estable, continuada e independiente, sin que medie relación laboral alguna, mediante una retribución.

El agente es un intermediario independiente, no asume el riesgo de las operaciones ni representa al proponente.

En la definición se ha seguido al Proyecto de 1998. Los principales caracteres son comunes en la legislación comparada. En la Ley de Agencia Española N° 12 de 1992 que implementa la Directiva de CEE 86/653 CEE, en el artículo 1º, se distingue que la persona, llamada aquí parte, pueda ser natural o jurídica, incluyendo la “manera continuada o estable a cambio de una remuneración”. Esta persona se obliga a “promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en

contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones". La Directiva 86/653 del Consejo de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, estableció: "A efectos de la presente Directiva, se entenderá por agente comercial a toda persona que, como intermediario independiente, se encargue de manera permanente ya sea de negociar por cuenta de otra persona, denominada en lo sucesivo el empresario, la venta o la compra de mercancías, ya sea de negociar y concluir estas operaciones en nombre y por cuenta del empresario". La ley francesa en su Código de Comercio regula el contrato de agencia en los artículos L134-1 a 134-16 y se lo caracteriza de la siguiente manera: "El agente comercial es un agente que actúa como profesional independiente, sin estar vinculado por un contrato de arrendamiento de servicios, encargado, de modo permanente, de negociar y, eventualmente, de ultimar contratos de venta, de compra, de alquiler o de prestación de servicios en nombre y por cuenta de productores, de empresarios, de comerciantes o de otros agentes comerciales. Puede ser una persona física o jurídica. Las disposiciones del presente Capítulo no afectarán a los agentes cuya misión de representación se ejerza en el marco de actividades económicas que sean objeto, en lo que concierne a dicha misión, de disposiciones legislativas particulares".

Se destaca el carácter de intermediario independiente que tiene el agente, que lo diferencia del representante de comercio, que no la tiene. Por otra parte, no se exige que ese acto o esa operación de comercio recaigan, a su vez, sobre mercancías. El acto u operación de comercio que el agente promueve puede estar dirigido a la circulación de mercancías o, más genéricamente, a la circulación de bienes muebles y aun de servicios.

Se reconoce el derecho a la exclusividad en el ramo de los negocios, en la zona geográfica, o respecto del grupo de personas, expresamente determinados en el contrato. También se admite la posibilidad de contratar sus servicios con varios empresarios. Sin embargo, no puede aceptar operaciones del mismo ramo de negocios o en competencia con las de uno de sus preponentes, sin que éste lo autorice expresamente.

Una norma importante es la que prohíbe que el agente se constituya en garante de la cobranza del comprador presentado al empresario, sino hasta el importe de la comisión que se le pudiese haber adelantado o cobrado, en virtud de la operación concluida por el principal.

Se fijan las obligaciones del agente y del empresario. En cuanto a la remuneración, excepto pacto expreso, es una comisión variable según el volumen o el valor de los actos o contratos promovidos y, en su caso, concluidos por el agente,

conforme con los usos y prácticas del lugar de actuación del agente. Se fijan las bases para el cálculo, para el devengamiento de la comisión y gastos.

El plazo y la extinción han sido materia de gran debate.

Se fijan las siguientes reglas: a) excepto pacto en contrario, se entiende que el contrato de agencia se ha celebrado por tiempo indeterminado; b) la continuación de la relación con posterioridad al vencimiento de un contrato de agencia con plazo determinado, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado; c) cuando la duración es indeterminada, cualquiera de las partes puede ponerle fin con un preaviso; d) el plazo del preaviso debe ser de un mes por cada año de vigencia del contrato, excepto pacto en contrario; e) la omisión del preaviso da derecho a la indemnización por las ganancias dejadas de percibir en el periodo.

También se disponen normas relativas a las demás causales de extinción.

En cuanto a la compensación por clientela, se prevé que el agente que mediante su labor ha incrementado significativamente el giro de las operaciones del empresario, tiene derecho a una compensación si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales a éste.

Las partes pueden pactar cláusulas de no competencia del agente para después de la finalización del contrato, si éste prevé la exclusividad del agente en el ramo de negocios del empresario. Son válidas en tanto no excedan de un año y se apliquen a un territorio o grupo de personas que resulten razonables, habida cuenta de las circunstancias.

Las normas de este Capítulo no se aplican a los agentes de bolsa o de mercados de valores, de futuros y opciones o derivados; a los productores o agentes de seguros; a los agentes financieros, o cambiarios, a los agentes marítimos o aeronáuticos y a los demás grupos regidos por leyes especiales en cuanto a las operaciones que efectúen.

Concesión

Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

Se regula la exclusividad, las obligaciones del concedente y las del concesionario.

En cuanto al plazo, se dispone que éste no puede ser inferior a cuatro años. Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior a

dos años. La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado.

La rescisión de contratos de concesión por plazo indeterminado ha dado lugar a numerosas controversias y litigiosidad. Se resuelve el tema diciendo que son aplicables las normas relativas a la agencia en cuanto al preaviso y su omisión. El concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago.

Las normas del Capítulo se aplican a los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares y los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes.

Franquicia

Se ha tomado como base el Proyecto de 1998, introduciendo algunas modificaciones que se consideraron necesarias para adaptarlo a las nuevas modalidades y normativas existentes. Las definiciones normativas han seguido el modelo de Unidroit.

Hay franquicia comercial cuando una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado.

El franquiciante debe ser titular exclusivo del conjunto de los derechos intelectuales, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de autor y demás comprendidos en el sistema bajo franquicia; o, en su caso, tener derecho a su utilización y transmisión al franquiciado en los términos del contrato.

El franquiciante no podrá tener participación accionaria de control directo o indirecto en el negocio del franquiciado.

Se ha dispuesto, como en el Proyecto de 1998, que el sistema de franquicias no restringe, limita o distorsiona la competencia, por cuanto la franquicia es en la Argentina un negocio que beneficia a los pequeños inversores y no se han verificado estas situaciones. De todos modos, en el Título Preliminar está contemplado el abuso de posición dominante.

El plazo no podrá ser inferior a dos años.

Se dan definiciones normativas útiles para la calificación de los vínculos:

Franquicia mayorista es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a una persona física o jurídica un territorio o ámbito de actuación nacional o regional o provincial con derecho de nombrar subfranquiados, el uso de sus marcas y sistema de franquicias bajo contraprestaciones específicas.

Franquicia de desarrollo es aquella en virtud de la cual el franquiciante otorga a un franquiciado denominado desarrollador el derecho a abrir múltiples negocios franquiciados bajo el sistema, método y marca del franquiciante en una región o en el país durante un término prolongado no menor a cinco años, y en el que todos los locales o negocios que se abran dependan o estén controlados, en caso de que se constituyan como sociedades, por el desarrollador, sin que éste tenga el derecho de ceder su posición como tal o subfranquiciar sin el consentimiento del franquiciante.

Sistema de negocios es el conjunto de conocimientos prácticos y la experiencia acumulada por el franquiciante, no patentada, que ha sido debidamente probado, secreto, sustancial y transmisible. Es secreto cuando en su conjunto o la configuración de sus componentes no es generalmente conocida o fácilmente accesible. Es sustancial cuando la información que contiene es relevante para la venta o prestación de servicios, permitiendo al franquiciado prestar sus servicios o vender los productos conforme al sistema de negocios. Es transmisible cuando su descripción es suficiente para permitir al franquiciado desarrollar su negocio conforme a las pautas creadas o desarrolladas por el franquiciante.

Se precisan las obligaciones del franquiciante y del franquiciado.

En cuanto al plazo, sin perjuicio del mínimo, se contemplan los casos especiales, como ferias o congresos, actividades desarrolladas dentro de predios o emprendimientos que tienen prevista una duración inferior, o similares.

Existe un tratamiento normativo de la cláusula de exclusividad y otras frecuentes en la actividad.

Se recepta la regla de que las partes del contrato son independientes, y que no existe relación laboral entre ellas. En consecuencia, el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado, excepto disposición legal expresa en contrario; los dependientes del franquiciado no tienen relación jurídica laboral con el franquiciante, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre fraude laboral; el franquiciante no responde ante el franquiciado por la rentabilidad del sistema otorgado en franquicia.

El franquiciante responde por los defectos del diseño del sistema, que causen daños probados al franquiciado, no ocasionados por la negligencia grave o el dolo del franquiciado.

Finalmente se regulan las causas de extinción del contrato.

Mutuo. Comodato

Se ha seguido el modelo del Proyecto de 1998.

El mutuo se regula como contrato consensual. Hay contrato de mutuo cuando el mutuante se compromete a entregar al mutuario en propiedad, una determinada cantidad de cosas fungibles, y éste se obliga a devolver igual cantidad de cosas de la misma calidad y especie.

El mutuante puede no entregar la cantidad prometida sí, con posterioridad al contrato, un cambio en la situación del mutuario hace incierta la restitución. Excepto este supuesto, si el mutuante no entrega la cantidad prometida en el plazo pactado o, en su defecto, ante el simple requerimiento, el mutuario puede exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

El mutuo es oneroso, excepto pacto en contrario. Se regulan los intereses, simplificando el modelo del Proyecto de 1998, siguiendo la tesis adoptada en materia de obligaciones. Si el mutuo es en dinero, el mutuario debe los intereses compensatorios, que se deben pagar en la misma moneda prestada. Si el mutuo es de otro tipo de cosas fungibles, los intereses son liquidados en dinero, tomando en consideración el precio de la cantidad de cosas prestadas en el lugar en que debe efectuarse el pago de los accesorios, el día del comienzo del período, excepto pacto en contrario. Los intereses se deben por trimestre vencido, o con cada amortización total o parcial de lo prestado que ocurra antes de un trimestre, excepto estipulación distinta. Si se ha pactado la gratuidad del mutuo, los intereses que haya pagado el mutuario voluntariamente son irrepetibles.

La falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución.

Se aplican al mutuo las disposiciones relativas a las obligaciones de dar sumas de dinero o de género, según sea el caso.

En cuanto al comodato, también es consensual. Hay comodato si una parte se obliga a entregar a otra una cosa no fungible, mueble o inmueble, para que se sirva gratuitamente de ella y restituya la misma cosa recibida. No puede tener por objeto cosas que estén fuera del comercio por ser nocivas al bien público.

Donación

La regulación del contrato de donación sigue, en líneas generales, al Proyecto de 1998, el que, a su vez, siguió al de 1993, lo que confiere una base importante y consensuada por la doctrina.

La definición del contrato ha sido tomada del Anteproyecto de 1954, con la expresa mención de que debe ser aceptado por el donatario, lo que había sido eliminado en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, oscureciendo la noción. Se establece entonces que hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta.

Se incorpora una norma que dispone la aplicación subsidiaria de las reglas de la donación a todos los actos jurídicos a título gratuito, con lo que se elimina la enumeración de las liberalidades que hace el artículo 1791 del Código Civil. La norma sobre actos mixtos sigue las propuestas de la doctrina nacional. En cuanto a los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, se rigen en cuanto a su forma por las disposiciones de este Capítulo; en cuanto a su contenido, se rigen también por éstas en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa.

En cuanto al objeto, se dispone que la donación no puede comprender la totalidad del patrimonio del donante, ni una parte indivisa de él, ni cosas determinadas de las que no tenga el dominio al tiempo de contratar. Si comprende cosas que forman todo el patrimonio del donante o una parte sustancial de éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo, o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia.

La regla general en materia de forma es que debe ser hecha por escritura pública cuando es de inmuebles, cosas muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias. La donación de cosas muebles no registrables y de títulos al portador se hace por la tradición del objeto donado. En cuanto a los efectos que causa el contrato, se modifican normas que dieron lugar a controversias y se aclaran las soluciones en materia de evicción y de vicios ocultos.

Las donaciones en particular también son reguladas sobre la base de los modelos referidos. En especial, cabe mencionar que en las donaciones se pueden imponer cargos a favor del donante o de un tercero, sean ellos relativos al empleo o al destino de la cosa donada, o que consistan en una o más prestaciones. Si el cargo se ha estipulado en favor de un tercero, éste, el donante y sus herederos pueden demandar su ejecución; pero sólo el donante y sus herederos pueden revocar la donación por inejecución del cargo. Si el tercero ha aceptado el beneficio representado por el cargo, en caso de revocarse el

contrato tiene derecho para reclamar del donante o, en su caso, de sus herederos, el cumplimiento del cargo, sin perjuicio de sus derechos contra el donatario.

El donatario sólo responde por el cumplimiento de los cargos con la cosa donada, y hasta su valor si la ha enajenado o ha perecido por hecho suyo. Queda liberado si la cosa ha perecido sin su culpa. Puede también sustraerse a esa responsabilidad restituyendo la cosa donada, o su valor si ello es imposible.

Es muy importante la modificación que se propicia en punto a las donaciones inoficiosas. El Proyecto en este Capítulo se limita a calificar como tales a las donaciones que excedan de la porción disponible del patrimonio del donante, pero remite a la aplicación de los preceptos relativos a la porción legítima.

La reversión y la revocación de la donación siguen al Proyecto de 1998 y al Proyecto de 1993 (PEN).

Fianza

La regulación del contrato de fianza sigue, en líneas generales, a la que se había previsto en los Proyectos de 1998 y de 1993 (PEN).

En la definición se establece que hay contrato de fianza cuando una persona se obliga accesoriamente por otra a satisfacer una prestación para el caso de incumplimiento. Si la deuda afianzada es de entregar cosa cierta, de hacer que sólo puede ser cumplida personalmente por el deudor o de no hacer, el fiador sólo queda obligado a satisfacer los daños que resulten de la inejecución.

Se recibe la regla de que la prestación a cargo del fiador debe ser equivalente a la del deudor principal, o menor que ella, y no puede sujetarse a estipulaciones que la hagan más onerosa. La inobservancia de la regla precedente no invalida la fianza, pero autoriza su reducción a los límites de la obligación principal. Si bien el fiador no puede obligarse en condiciones más onerosas que el deudor principal, sí puede constituir garantías en seguridad de la fianza. Esta solución emana del artículo 1995 del Código Civil y había sido recogida en los proyectos de reforma más recientes.

Se establecen reglas limitativas de la fianza general, con lo cual se persigue tutelar a los sujetos que suscriben estos contratos. Es válida la fianza general que comprenda obligaciones actuales o futuras, incluso indeterminadas, caso en el cual debe precisar el monto máximo al cual se obliga el fiador en concepto de capital. Esta fianza no se extiende a las nuevas obligaciones contraídas por el afianzado después de los cinco años de otorgada. La fianza indeterminada en el tiempo puede ser retractada, caso en el cual

no se aplica a las obligaciones contraídas por el afianzado después que la retractación haya sido notificada.

La fianza debe ser convenida por escrito.

Para delimitar adecuadamente los perfiles de este contrato, se tratan dos casos que han dado lugar a controversias. En primer lugar, las cartas denominadas de recomendación, patrocinio o de otra manera, por las que se asegure la solvencia, probidad u otro hecho relativo a quien procura créditos o una contratación, no obligan a su otorgante, excepto que hayan sido dadas de mala fe o con negligencia, supuestos en que debe indemnizar los daños sufridos por aquél que dio crédito o contrató confiando en tales manifestaciones. En segundo lugar, el compromiso de mantener o generar una determinada situación de hecho o de derecho no es considerado fianza, pero su incumplimiento genera responsabilidad del obligado.

Se mantienen los beneficios de excusión y división, si bien ambos son renunciables. También se mantiene la regla vigente según la cual quien se obliga como principal pagador es tratado como codeudor solidario.

Contrato oneroso de renta vitalicia

Se ha proyectado siguiendo el modelo del Proyecto de 1998.

Contrato oneroso de renta vitalicia es aquél por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.

El contrato debe celebrarse en escritura pública, bajo pena de nulidad, conforme lo dispone el Código vigente.

La renta debe pagarse en dinero. Si se prevé esta prestación en otros bienes que no son dinero, debe pagarse por su equivalente en dinero al momento de cada pago. El contrato debe establecer la periodicidad con que se pague la renta y el valor de cada cuota. Si no se establece el valor de las cuotas, se considera que son de igual valor entre sí. La renta se devenga por período vencido; sin embargo, se debe la parte proporcional por el tiempo transcurrido desde el último vencimiento hasta el fallecimiento de la persona cuya vida se tomó en consideración para la duración del contrato.

Contrato de juego

El contrato de juego ha sido regulado restrictivamente en el Código Civil. La evolución posterior, sobre todo en nuestro siglo, muestra un cambio significativo, ya que el propio Estado lo promueve a través de autorizaciones administrativas de todo tipo, que

incluyen casinos, lotería, máquinas tragamonedas y muchos otros. No corresponde al Código Civil valorar, autorizando o prohibiendo ese tipo de normas. Sin embargo, hemos preferido mantener una tradición restrictiva como lo sostiene mayoritariamente la doctrina, incorporando normas de tutela del sobreendeudamiento, que, a su vez, son consistentes con lo dispuesto para la protección de los consumidores. Es importante consignar que la mayoría de las modalidades del juego actual están precedidas de una fuerte promoción publicitaria, incentivos de todo tipo, que hacen prudente la aplicación de la normativa de consumo.

Se establece que hay contrato de juego si dos o más partes compiten en una actividad de destreza física o intelectual, aunque sea sólo parcialmente, obligándose a pagar un bien mensurable en dinero a la que gane. A la definición sigue una norma protectoria: el juez puede reducir la deuda directamente originada en el juego si resulta extraordinaria respecto a la fortuna del deudor.

Se reitera una regla tradicional, referida a que no hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida en un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local. Si no está prohibido, lo pagado es irrepetible. A ello hemos agregado otra norma protectoria: es repetible el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitado.

Se regulan las ofertas públicas, estableciendo que confieren acción para su cumplimiento y que el oferente es responsable frente al apostador o participante. La publicidad debe individualizar al oferente. Si no lo hace, quien la efectúe es responsable. Esta es otra regla protectoria.

Cesión de derechos

Hemos preferido utilizar del nombre de cesión de derechos para este contrato, siguiendo la nomenclatura conocida, porque ello se enmarca en el propósito que hemos perseguido a lo largo de todo el Anteproyecto, consistente en utilizar vocablos conocidos, comprensibles y que faciliten la labor de los justiciables. En lo demás, se sigue al Proyecto de 1998, el que, a su vez, tomó en cuenta el Proyecto de 1987, el Proyecto de 1993 (PEN) y el Proyecto de 1993 (CF).

Se establece que hay contrato de cesión cuando una de las partes transfiere a la otra un derecho. Se aplican a la cesión de derechos las reglas de la compraventa, de la permuta o de la donación, según que se haya realizado con la contraprestación de un precio en dinero, de la transmisión de la propiedad de un bien, o sin contraprestación, respectivamente, en tanto no estén modificadas por las reglas que se prevén

específicamente en el Capítulo. Si la cesión es en garantía, las normas de la prenda de créditos se aplican a las relaciones entre cedente y cesionario.

En cuanto al objeto, la norma es amplia: 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. No pueden cederse los derechos inherentes a la persona humana.

La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual. Deben otorgarse por escritura pública: la cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública, la cesión de derechos hereditarios; la cesión de derechos litigiosos. Si la cesión no involucra derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial.

Se contempla las obligaciones del cedente, efectos, concurrencia de cesionarios, quiebra del cedente, actos conservatorios, cesión parcial, garantías, cesión del derecho inexistente.

Se regula la cesión con garantía señalando que si el cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, se aplican las reglas de la fianza, con sujeción a lo que las partes hayan convenido. El cesionario sólo puede recurrir contra el cedente después de haber excutido los bienes del deudor, excepto que éste se halle concursado.

Siguiendo el modelo del Proyecto de 1998, se regula la cesión de deuda, la asunción de deuda y la promesa de liberación.

También se sigue al Proyecto de 1998 en la regulación de la cesión de la posición contractual. En los contratos con prestaciones pendientes cualquiera de las partes puede transmitir a un tercero su posición contractual, si las demás partes lo consienten antes, simultáneamente o después de la cesión. Si la conformidad hubiese sido previa a la cesión, ésta sólo tendrá efectos una vez notificada a las otras partes, en la forma establecida para la notificación al deudor cedido.

Transacción

El Proyecto de 1998 considera a la transacción como un contrato y no como un modo extintivo de las obligaciones. Hemos seguido esta posición que es la de la doctrina mayoritaria.

Es definida como un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.

Se establece que produce los efectos de la cosa juzgada, sin necesidad de homologación judicial y es interpretación estricta. Se prohíbe la transacción sobre derechos en los que esté comprometido el orden público, irrenunciables, sobre las

relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que, expresamente, se admite pactar.

Se establecen normas sobre nulidad, sujetos, y errores aritméticos.

Arbitraje

El arbitraje se ha desarrollado internacional y nacionalmente como un modo de resolver litigios y su aceptación es creciente en los usos y prácticas de nuestro país. Ello justifica que se lo regule como contrato, lo cual es una novedad respecto de los proyectos de reformas anteriores.

Este instituto se ha desarrollado en muchas materias diferentes: hay arbitrajes en materia laboral, conflictos en las relaciones de consumo, comercial, y otros. Sin embargo, cabe tener en cuenta que cada uno de ellos responde a principios y reglas muy disimiles y no es posible aplicar un modelo único. Por esta razón, el contrato de arbitraje, que es una expresión de la autonomía privada, se aplica, fundamentalmente, en los conflictos comerciales y en aquéllos de naturaleza civil de contenido patrimonial. En cambio, no es posible autorizar que, por vía de contrato, se someta a los consumidores a un arbitraje que podría afectar gravemente sus derechos. Por las razones aludidas, se aclara expresamente que no pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que recaen sobre el estado civil, las cuestiones no patrimoniales de familia y la capacidad de las personas, ni tampoco es aplicable a las relaciones de consumo y laborales.

La fuente del articulado es el Código Civil de Quebec, la ley modelo UNCITRAL y la reciente regulación francesa de enero de 2011, aunque los principios que recoge son hoy prácticamente universales.

Se establece que hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Se precisan las clases de arbitraje, su autonomía respecto del contrato con el que se relaciona, la habilitación de la competencia de los árbitros.

Se permite que el contrato faculte a los árbitros a adoptar, a pedido de cualquiera de las partes, las medidas cautelares y preliminares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, pero su ejecución se hará por el tribunal judicial. Las partes también podrán solicitar la adopción de estas medidas al juez, sin que ello se considere un incumplimiento del contrato de arbitraje ni una renuncia a la jurisdicción arbitral; tampoco excluye los poderes de los árbitros.

En cuanto a los efectos, el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado y excluye la competencia de los tribunales judiciales sobre las controversias sometidas a arbitraje, excepto que el tribunal arbitral no estuviera aun conociendo de la controversia, y el convenio pareciera ser manifiestamente nulo o inaplicable.

Se consagra una regla interpretativa del contrato: en caso de duda ha de estarse a la mayor eficacia del contrato de arbitraje. Ello es consistente con el principio hermenéutico de conservación.

También se contempla la posibilidad del arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras regirán todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.

Se definen las cláusulas facultativas, la designación de los árbitros, las calidades de los árbitros, la nulidad de la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros, las obligaciones de los árbitros, su recusación, retribución, y extinción de su competencia.

En la regulación propuesta para la reforma de la ley de sociedades comerciales, hay normas sobre arbitraje específicas, que no son incompatibles con las presentes.

Fideicomiso

La propuesta se basa en el texto del Proyecto de 1998, el que siguió a la ley 24.441. El Proyecto de 1998 propuso la incorporación de la figura al Código unificado, sistematizó las normas de la ley y propuso la modificación de algunos aspectos que a la fecha de su redacción la doctrina había marcado como necesarios.

El régimen vigente no merece cambios profundos, pues no ha mostrado grandes problemas de interpretación y aplicación, y demostró eficiencia en su aplicación.

Por ello proponemos mantener la sistematización y el texto del Proyecto de 1998, sin perjuicio de mejoras en aspectos de redacción que entendemos deben ser realizados,

y la modificación de aspectos que la doctrina, autoral y judicial, marcan como necesarios, a saber:

Se aclara que las universalidades pueden ser objeto del fideicomiso, sin perjuicio de la persistencia de la prohibición respecto a herencias futuras.

Se determina que el fiduciario puede ser beneficiario, con la prevención de que debe evitar cualquier conflicto de intereses y actuar privilegiando los de los restantes sujetos intervinientes.

Se aclaran las facultades del fiduciario y la situación del beneficiario, si el fideicomiso se constituye con fines de garantía.

Se determina que la liquidación del fideicomiso por su insolvencia se realizará por vía judicial.

Se determina la responsabilidad personal del fiduciario, si resultara de los principios generales de la responsabilidad civil.

Se deslinda que se pueden incorporar limitaciones contractuales a las facultades del fiduciario y sus efectos con respecto a terceros contratantes con el fideicomiso.

Se aclaran las normas del dominio imperfecto y sus efectos.

Título V: “Otras fuentes de las obligaciones”

Capítulo 1. Responsabilidad civil

1. Sistema y funciones

El Anteproyecto presenta una sistematización innovadora e importantísima en la materia que consiste en dos tipos de articulaciones: a) se regulan diferentes tipos de derechos: aquéllos que recaen sobre la persona, el patrimonio, como derechos individuales, los derechos individuales homogéneos y los derechos de incidencia colectiva; b) se reconocen tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria.

La regulación en la materia comienza con dos normas fundamentales para orientar el razonamiento jurídico: la primera establece las funciones del sistema y la segunda alude a la prelación normativa.

Tanto en el derecho comparado como en nuestro país existen discusiones doctrinales acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad; es necesario, pues, que la ley resuelva la controversia. Por ello, el primer artículo señala que las normas son aplicables a los tres supuestos, y los subsiguientes contemplan la prevención, la reparación y la sanción pecuniaria disuasiva.

Desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente. Ésta puede ser una finalidad única y excluyente si el bien protegido es, principalmente, el patrimonio. En la medida en que se trata de bienes que tienen un precio o un valor expresable en dinero, es posible una indemnización y por eso el resarcimiento es el mecanismo fundamental.

La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva.

Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz.

En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la “tragedia de los bienes comunes”, ya que los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos.

Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego.

2. La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual

En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos. También los proyectos anteriores se inclinan por la misma tesis. Por ejemplo, el artículo 1581 del Proyecto de 1998, dispone: “Las disposiciones de este Título son aplicables cualquiera que sea la fuente del deber jurídico de cumplir o de reparar el daño”.

El texto proyectado confiere unicidad al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual. Comparando con el Proyecto de 1998, se suprime la referencia al “deber de cumplir”, recogiendo las observaciones efectuadas acerca de que esa mención (deber de cumplir) excede el ámbito de la responsabilidad civil y es materia de las obligaciones en general. Además, por la misma razón, se suprime el inciso a) del artículo 1584.

La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica).

En cuanto a la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual. Frente al incumplimiento, el acreedor persigue la ejecución forzada para obtener la prestación, y, si no es posible o no lo desea, pretende una indemnización sustitutiva. Ello exige diferenciar, dentro del espectro de los daños resarcibles, el valor de la prestación originariamente pactada, de los otros perjuicios que se sufren. La primera indemnización es el equivalente de la prestación debida, también denominada *aestimatio rei, o id quod interest*. La naturaleza de esta pretensión ha dado lugar a dos posiciones diferentes: a) la tesis de la autonomía considera que el derecho del acreedor a obtener el valor de la prestación es una acción previa e independiente de la indemnización de los ulteriores o adicionales daños y perjuicios. Es simplemente la obligación originaria, que devino de imposible cumplimiento, que se transforma en dinero. La *aestimatio rei* es un subrogado de la prestación que devino imposible y, por tanto, una forma de cumplimiento de la obligación por equivalente. En cambio, los demás daños forman parte de una acción de responsabilidad en sentido estricto, porque surge una nueva obligación a partir del hecho ilícito (incumplimiento), ya que antes no existían esos perjuicios. b) La tesis de la unidad entiende que la ilicitud es un único fenómeno y comprende tanto la acción de cumplimiento por equivalente como la del resarcimiento de los demás daños. Cuando el acreedor se decide por la ejecución forzada, es la misma obligación la que se perpetúa (*perpetuatio obligationis*), pero, cuando se trata de indemnización, hay un cambio de objeto y ello es una mutación esencial. Se trata siempre de una nueva obligación creada a partir de un hecho antijurídico que es el incumplimiento. Este último es una calificación de la conducta del deudor, y no de su patrimonio, por lo tanto no se trata de una mera modificación del objeto de una situación patrimonial objetiva, sino un nuevo comportamiento del deudor que, en forma personal, genera un ilícito.

La doctrina argentina está dividida entre ambas posiciones.

Tratando de superar las discusiones teóricas, el problema tiene solución práctica si establecemos una regla general para la unificación de los ámbitos de responsabilidad y una regulación especial para el cumplimiento de la prestación comprometida mediante un

contrato. En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños.

3. Función preventiva

El artículo que define los alcances del deber de prevención adopta el modelo del Proyecto de 1998 (artículo 1585).

Se consagra el deber de prevención para toda persona con los siguientes alcances: a) en cuanto dependa de ella, es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, ya que de lo contrario se puede convertir en una carga excesiva que afecta la libertad; b) se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido; c) se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.

Se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina, que se explican a continuación.

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, cuyos presupuestos son: a) autoría: que en este caso puede consistir en un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño conforme con el artículo anterior; b) antijuridicidad: porque constituye una violación del mentado deber de prevención; c) causalidad: porque la amenaza de daño debe ser previsible de acuerdo con el régimen causal que se define en artículos siguientes; d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

Se reconoce legitimación sustancial para petitionar judicialmente por la prevención a quienes acrediten un interés razonable en la prevención del derecho amenazado.

Se delimitan los siguientes criterios para la sentencia de finalidad preventiva: a) se distingue entre la tutela definitiva que surge de un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención, de aquéllos en que es provisoria; b) en ambos supuestos, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos; c) el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por: la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible; la utilización del medio más idóneo; la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad. Estos parámetros permiten una

valoración más exacta y un control judicial sobre las medidas que se adopten; d) el juez puede disponer esas medidas a pedido de parte o de oficio.

4. Sanción pecuniaria disuasiva

4.1. La decisión de regular

La regulación de la función punitiva ha sido muy controvertida en la doctrina argentina y en el derecho comparado, en diversos aspectos.

La primera decisión a adoptar consiste en regular o no este instituto y cuál sería su extensión. En la doctrina argentina existe discusión al respecto, ya que algunos autores entienden que es una función ajena a la responsabilidad, mientras que otros se inclinan decididamente por su incorporación, aunque hay quienes proponen una regulación limitada a algunos casos, mientras que otros entienden que no debería haber límites ya que se trata de un instrumento general. La situación legal ha variado desde 1998, ya que se ha incorporado el artículo 52 bis en la ley 24.240, que se aplica a un amplísimo sector incluido en las relaciones de consumo. El daño punitivo, previsto en el artículo 52 bis, consiste en una multa civil a favor del consumidor, a pedido de parte, que se aplica a los proveedores, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso.

Debemos asumir entonces que el instituto ya se encuentra incorporado en el derecho argentino y resulta aplicable a una gran cantidad de supuestos de responsabilidad por daños en el ámbito de las relaciones de consumo.

Desde este punto de vista, el Código Civil debería incluir una norma que prevea el daño punitivo en términos que no estén contemplados en la ley especial o que sean complementarios, temas sobre los cuales también hay varias opciones.

Teniendo en cuenta la multiplicidad de opiniones, hemos tratado de buscar alguna síntesis que permita incorporar la función sancionatoria de manera más sistemática. En este contexto, los daños punitivos son una técnica más de implementación de la función.

4.2. Nombre y campo de aplicación

El instituto que referimos proviene de un campo ajeno a la responsabilidad civil, tradicionalmente enfocada en la reparación. Es culturalmente distante, porque su desarrollo se ha producido en Estados Unidos de América, y no en el área latinoamericana o europea que han sido las tradicionales influencias en nuestro derecho. Es todavía novedoso donde se aplica, porque está en constante revisión.

Todo ello se advierte en la complejidad que presenta cada uno de los caracteres que veremos seguidamente.

Ha sido estudiado en la doctrina argentina bajo el nombre de "daños punitivos", siguiendo en este aspecto a la práctica anglosajona. Esta expresión es equívoca: por un lado el daño se repara y no tiene una finalidad punitiva, y por el otro, la punibilidad que se aplica no tiene una relación de equivalencia con el daño sufrido por la víctima, sino con la conducta del dañador. Para evitar estos problemas, y luego de muchas discusiones, se adoptó el nombre de "sanción pecuniaria disuasiva".

La norma proyectada dispone que se aplica a los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c) del Título Preliminar; por lo tanto, la situación es la siguiente:

1. Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor que prevé este dispositivo.
2. Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.
3. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.
4. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica.

Naturalmente, el tema es opinable y es legítimo pensar en una norma general que aplique a todo tipo de derechos, lo cual se ha discutido en el seno de la Comisión. La decisión ha sido, finalmente, aplicarla exclusivamente a los derechos de incidencia colectiva y mantener la norma especial en relación a las relaciones de consumo. Las razones son varias: a) no hay experiencia en nuestro país sobre la sanción pecuniaria y la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto. Por lo tanto es mejor diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo. Siempre habrá tiempo para ampliar a los otros supuestos mediante leyes especiales, pero no se puede avanzar a ciegas en materia de política legislativa. b) el campo de aplicación es muy amplio y significativo, de modo que se permite un desarrollo del instituto mediante la jurisprudencia y doctrina que va a permitir definir con mayor claridad sus perfiles. Es lo que ha sucedido en los países donde se ha aplicado; c) no hay buenos ejemplos sobre una regla general en un código civil; d) se ha preferido optar por un sistema de protección de bienes colectivos, en los que el peligro es mayor por la denominada "tragedia de los bienes comunes", es decir, no hay incentivos individuales para su tutela.

El objeto de esta pretensión es una sanción al responsable. Por lo tanto, estos distingos no afectan a la víctima porque no se trata de su derecho a la reparación, y en consecuencia, no está comprometida la igualdad en términos constitucionales conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de accidentes de trabajo.

4.3. Caracteres

El instituto tiene los siguientes caracteres:

- a.- No se aplica de oficio, sino a petición de parte: "El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte". Tienen legitimación quienes pueden petitionar la tutela de los derechos de incidencia colectiva, según los define el Título Preliminar. La legitimación es muy amplia: defensores, asociaciones de consumidores, indígenas, ambientales, antidiscriminatorias, los afectados, es decir, la sociedad civil en su conjunto. Parte es una noción procesal, y por lo tanto, un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrará una indemnización que ingresará a su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción (que no irá a su patrimonio), o sólo esto último.
- b.- Tiene finalidad disuasiva de la conducta de quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.
- c.- Su monto se fija prudencialmente. La regla general es que el daño se resarce por equivalencia o por satisfacción, pero el juez no puede apartarse de la prueba o usar su prudencia. En cambio, en la sanción, no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial.
- d.- Los criterios son: las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.
- e.- La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.
- f.- Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provocara una punición irrazonable o excesiva, el juez deberá computarlas a los fines de lo previsto en la norma. En tal supuesto de excepción, el juez podrá dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

4.4. Destino de la indemnización

Hubo muchos debates en la Comisión respecto del destino de la indemnización, con las siguientes opciones: a) darle el dinero a la víctima; b) distribuirlo parcialmente

entre la víctima y un destino distinto; c) darle un destino colectivo; d) darle facultades al juez para que le dé un destino mediante resolución fundada.

La Comisión, finalmente, optó por el último supuesto por las siguientes razones:

4.4.1. Dogmática. Desde el punto de vista dogmático, si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. No tiene un derecho subjetivo; actúa como un legitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dárselo a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países, como Brasil, en los que, mediante otros institutos, se ha logrado mejorar bienes públicos: creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etcétera.

4.4.2. Litigiosidad: Uno de los argumentos para darle la indemnización a la víctima es que constituye un incentivo para hacer juicios con el objeto de defender derechos individuales o colectivos. En nuestro país tenemos un buen sistema que ha logrado altos niveles de litigiosidad a través de reformas procesales de acceso a justicia. Hoy existen juicios sobre todos los grandes temas colectivos en todo el país y podemos exhibir un nivel considerable de litigiosidad ambiental, derechos económico/sociales y consumidores. Eso se ha logrado porque no se paga tasa de justicia, hay una amplia legitimación (afectado, asociaciones, defensores, fiscales, etcétera), y acciones colectivas a nivel nacional y provincial. Es decir, no se advierte que la sanción pecuniaria pueda incidir mucho en incrementar la litigiosidad o el acceso a justicia. Darle una parte del dinero a la víctima no es una solución que incida en la litigiosidad, o por lo menos, las pruebas empíricas demuestran lo contrario. En los sistemas en los que eso sucede, como en Estados Unidos de América, es absolutamente distinto: la víctima paga grandes costos, asume riesgos, y el tema es tratado por los grandes estudios que hacen las inversiones; en Argentina no tenemos ese sistema y tampoco hay quienes propongan adoptarlo.

En materia de eficacia son mucho más efectivas las medidas preventivas que traban actividades potencialmente dañosas.

4.5. El seguro

Dogmáticamente, la sanción no es asegurable. Desde el punto de vista de la política legislativa, el tema es si se consigna en el código o se lo deja para la ley especial.

Esta última ha sido la opción de la Comisión porque nadie puede prever la evolución en los próximos cincuenta o cien años. Por ejemplo, la responsabilidad civil fue una sanción no asegurable, un castigo, y se censuraba su aseguramiento; luego de muchos años cambió el pensamiento y surgió la industria del seguro que permitió la expansión que hoy tiene. Lo mismo ocurrió respecto de numerosos riesgos específicos. Por lo tanto, es mejor que sea una ley especial la que defina el tema en el futuro, ya que hoy no puede asegurarse.

5. Función resarcitoria. Antijuridicidad

En la Sección se regulan los presupuestos de la función resarcitoria: antijuridicidad, factores de atribución y nexo causal, para luego dedicar una Sección especial al daño.

El primer artículo regula el deber de reparar que surge de la violación del deber de no dañar a otro o del incumplimiento de una obligación.

El segundo establece la regla principal en materia de antijuridicidad: la acción u omisión dañosa es antijurídica salvo que se pruebe que está justificada. En cuanto a la justificación, se admite el ejercicio regular de un derecho, supuesto sobre el cual no hay controversias. Se admite la legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena. Con esta redacción se pretende fijar una serie de criterios para poder evaluar más ajustadamente cuándo es legítima la defensa. Finalmente, la fuerza mayor también admite parámetros de valoración, ya que resulta viable cuando es para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se originó en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa.

Se regula el supuesto de asunción de riesgos, siguiendo en ello a la doctrina mayoritaria: no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad, a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. También se prevé el caso de quien se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro, reconociendo su derecho a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación.

También se incorpora el consentimiento libre e informado del damnificado, que, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles. Esta norma, que se aplica solamente a bienes disponibles y con todas las seguridades de la voluntad libre, resulta necesaria, porque de lo contrario muchos vínculos contractuales no serían posibles.

6. Factores de atribución

El primer presupuesto de la responsabilidad definido en los artículos anteriores es la existencia de un hecho o una omisión que causa un daño a otro si no está justificado. El segundo es la existencia de un factor de atribución y se trata en los artículos siguientes.

Se comienza señalando que pueden ser tanto objetivos como subjetivos, lo cual significa que no hay una jerarquía ordenada legalmente entre ellos. Sin embargo, no se puede ignorar la práctica jurisprudencial, que revela que la mayoría de los casos tiene relación con factores objetivos y, por esa razón, se los regula en primer lugar, lo cual es un signo claro del cambio de los tiempos en relación a la codificación decimonónica.

Es distinto el supuesto en que no hubiera ninguna previsión legal, porque en ese caso se aplica la culpa. En relación a este tema, la mayoría de la doctrina ha mostrado su conformidad. En el sistema que presentamos, no hay riesgo alguno de desprotección de las víctimas, ni posibilidad de que no se apliquen los factores objetivos.

Una de las discusiones en este tema giró alrededor del posible impacto que esta norma de cierre del sistema podría tener sobre la aplicación analógica de un factor objetivo de atribución. Si hay un supuesto en que hay una cosa riesgosa o una actividad riesgosa, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma. En cambio, cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. En este sentido, es conveniente proyectar una norma que consagre la culpa como factor de atribución residual.

Las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo causal. En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.

En la definición de la imputación objetiva se ha prescindido de la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, en razón de las controversias que ese distingo ha suscitado en la doctrina argentina. Sin perjuicio de que se la siga utilizando como

construcción dogmática, en el plano normativo es claro que si el deudor promete un resultado determinado y éste no se obtiene, no puede eximirse demostrando su falta de culpa. En estos casos la imputación es objetiva porque sólo se libera con la prueba de la ruptura del nexo causal. Estas denominaciones son consistentes con las utilizadas en las obligaciones de hacer y con las que se expresan los distinguos entre contratos de obra y servicios, a fin de dar coherencia al sistema.

En cuanto a los factores subjetivos, se define a la culpa como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Se ha mantenido una definición ampliamente conocida y aplicada por la doctrina y la jurisprudencia.

El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. Comprende “el incumplimiento intencional” (dolo obligatorio), suprimiendo el requisito concurrente de la mala fe previsto en el Proyecto de 1998 que se refiere más bien al dolo calificado. Se reemplaza el “incumplimiento deliberado”, también previsto en el Proyecto de 1998, por el de “incumplimiento intencional” del Proyecto de 1993 (PEN), receptando las observaciones de la doctrina y se añade la locución “manifiesta indiferencia” porque de este modo se incluye al dolo eventual.

En cuanto a la valoración de la conducta se establece que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de las consecuencias. De esta manera, se asigna a esta regla un doble campo de aplicación: en la culpa y en la causalidad.

También se señala que cuando exista una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad por la condición especial del agente.

7. Relación de causalidad

En cuanto a la relación causal se ha seguido el artículo 1557 del Proyecto de 1993 (PEN), que ha mantenido la clasificación de las consecuencias que existía en el Código Civil según la reforma de la ley 17.711. Este distingo ha sido ampliamente aplicado por la doctrina y jurisprudencia, dando lugar a una consolidada interpretación que mantiene su

utilidad, aun en un sistema unificado de responsabilidad. Tanto en el ámbito contractual como extracontractual es necesario hacer precisiones sobre la causalidad a nivel de autoría así como en la extensión del daño resarcible, para lo cual este sistema ha demostrado su eficacia en el derecho argentino. También es prudente mantener la terminología a la que están acostumbrados los operadores jurídicos, y no parece necesario cambiar las palabras, como lo hace el Proyecto de 1998 (arts. 1607 y ss.) porque ello daría lugar a nuevos problemas hermenéuticos.

También se prevén supuestos que la doctrina argentina ha trabajado extensamente, siguiendo sus lineamientos: el hecho del damnificado, el caso fortuito, el hecho del tercero, la imposibilidad de cumplimiento.

8. Previsibilidad contractual

En un sistema que unifica la responsabilidad contractual y extracontractual, es necesario regular claramente la previsibilidad en materia contractual.

Esta regla, con distintas variantes, es la que se admite mayoritariamente. Ha comenzado con un texto de Paulo (19.I.21,3) que limitaba el resarcimiento obligacional, siguiendo por un enorme caudal de reglas casuísticas del Medioevo, hasta llegar a la obra de Molineo que estableció una fórmula única para decir que hay un límite en la responsabilidad obligacional derivado justamente de la obligación preexistente. El Código Civil francés (artículo 1150), dispone que "el deudor responde por los daños que ha previsto o podido prever al celebrarse el contrato". En el derecho anglosajón, la regla surge con el precedente "Hadley vs. Baxendale" que toma en cuenta lo que ha sido previsible al momento de contratar. Una regla similar es receptada en diversos textos internacionales como la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En la doctrina internacional, puede señalarse que los Principios de Unidroit disponen: "Artículo 4.4.- (Previsibilidad del daño): La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto o que razonablemente podría haber previsto al momento de la celebración del contrato como consecuencia probable de su incumplimiento". En la legislación argentina, la norma de resarcibilidad de las consecuencias inmediatas y necesarias está emparentada con esta antigua regla, ya que Vélez la fundaba en Pothier citado en la nota al artículo 521.

El texto proyectado tiene las siguientes características: a) su ámbito de aplicación son los contratos, a diferencia de la redacción original del Código Civil, que la establecía "para los daños e intereses de las obligaciones que no tienen por objeto sumas de dinero" (Título III, artículo 520). Ello generó litigios sobre el grado de extensión de esta limitación,

que ahora es restringido sólo a los contratos. b) Esta es una regla que se aplica cuando las partes negocian el precio y, para fijarlo, necesitan conocer los riesgos que asumen; cuanto mayor información y seguridad exista en ese momento, menor será el precio, con claro beneficio para el conjunto de la sociedad. c) Se hace excepción al caso en que exista dolo, como es tradición. d) No se aplica a los contratos de consumo.

9. Prueba de los factores de atribución y de las eximentes

En el Proyecto de 1998 se incluyen normas relativas a la carga de la prueba en materia de responsabilidad, lo que ha sido recibido positivamente por la doctrina, ya que disminuye la litigiosidad y confiere seguridad jurídica en este tema. Ese tipo de normas no es procesal, sino que son directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo.

En tales condiciones, la prueba es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio, que en este caso significa que el hecho no está probado y el juez debe decidir en consonancia.

En materia de factores de atribución de la responsabilidad y las eximentes, la carga de probar le incumbe a quien los alega, conforme a lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, siendo la solución del Proyecto de 1998 (artículo 1619).

Esta regla puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Existe entonces una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente.

Uno de los problemas que se ha discutido en relación a esta última posibilidad, es que las partes recién conocen esta decisión del juez al dictar la sentencia, con lo cual puede ocurrir que la parte demandada sufra un resultado adverso por incumplir una carga que no sabía que tenía.

Por esta razón se señala que el juez debe hacer una valoración de las posiciones probatorias, y si va a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, debe comunicarlo a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio.

De conformidad con los fundamentos expuestos anteriormente, se incluyen normas relacionadas con la prueba del nexo causal. La regla es similar a la anterior,

porque cada parte debe probar los presupuestos que hacen a su pretensión, y por ello la carga de la prueba de la relación causal y de las eximentes, corresponde a quien las alega. Esta regla no se aplica cuando hay una ley que impute la causalidad o la presuma. Una solución similar es la prevista en el artículo 1620 del Proyecto de 1998.

10. Daño resarcible

Existe una gran disparidad en el modo en que los proyectos anteriores incluyeron los artículos referidos al daño, y para mostrar el ejemplo mencionaremos los dos últimos. En el Proyecto de 1993 (PEN), se disponía (artículo 1565): “Existe daño siempre que se cause a otro algún perjuicio a su persona, a su patrimonio o a sus intereses no reprobados por la ley. Es indemnizable el daño cierto y personal del damnificado”. El Proyecto de 1998 contiene tres artículos claves: el artículo 1588 dispone: “Debe ser reparado el daño causado a un derecho, o a un interés que no sea contrario a la ley, si no está justificado”. Luego el extenso artículo 1600 preceptúa: “Alcances.- En este Código: a) El daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente a la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables. b) El daño extrapatrimonial comprende al que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida, así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas. c) El daño al interés negativo comprende los gastos comprometidos con la finalidad de celebrar el contrato frustrado y, en su caso, una indemnización por la pérdida de probabilidades concretas para celebrar otro negocio similar; la prueba de éstas debe ser apreciada con criterio estricto. d) Damnificado indirecto es el tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona. e) Indemnización de equidad es la que otorga el tribunal, sin sujeción a los criterios del artículo 1609, a favor del titular de un interés cuyo acogimiento es necesario para realizar la justicia en el caso”. El artículo 1601 dispone: “Son reparables el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial, sea directo o indirecto, así como el daño futuro cierto, y la pérdida de probabilidades en la medida en que su contingencia sea razonable”.

En el derecho civil latinoamericano ha sido muy citado el Código Civil peruano que contiene dos textos. El artículo 1984 dispone: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. El artículo 1985, que se refiere al contenido del daño, establece: “La indemnización

comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño". El último código sancionado, brasileño, regula el tema en los artículos 944 y ss. con una regulación casuística que no trae directivas generales en esta materia.

Tanto en el derecho nacional como en el derecho comparado existen diversas denominaciones que han producido controversias, principalmente relativas a la autonomía de los diversos capítulos de la indemnización así como en las denominaciones que corresponde a cada uno.

Con la intención de disminuir esos efectos litigiosos, se adopta una definición amplia y lo más clara posible.

Este Anteproyecto distingue entre daño e indemnización sobre la base de los siguientes criterios:

El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento.

Cuando ese derecho o interés es individual recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el Título Preliminar. También están incluidos los de incidencia colectiva.

Esta caracterización hace que distingamos entre la definición del daño-lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción.

La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización.

Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión.

En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva.

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su

salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida.

La Comisión ha discutido si es necesario clasificar el daño patrimonial, extrapatrimonial o moral, distinguiendo distintos supuestos, pero se ha considerado que es una tarea que corresponde a la doctrina y la jurisprudencia, ya que una norma general no podría dar cuenta de la enorme variedad de casos que se presentan.

Los requisitos para la procedencia de la indemnización presentan un alto grado de consenso en la doctrina y en los proyectos analizados. Por eso se ha redactado un artículo breve que establece que debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente.

La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador. La referencia a la "contingencia razonable" es el equivalente a la probabilidad objetiva, que debe concurrir con la relación de causalidad. Se trata de dos requisitos: a) certeza de que, si no hubiera ocurrido el incumplimiento o el hecho dañoso, el legitimado habría mantenido la esperanza de obtener una ganancia o evitar una pérdida futura; b) relación causal adecuada entre el hecho y la pérdida de chances.

Uno de los aspectos más controvertidos de la regulación propuesta por el Proyecto de 1998 en materia de daño fue la existencia de limitaciones cuantitativas (artículo 1634).

Para aclarar este punto conviene hacer algunas precisiones: a) la indemnización del daño nunca es integral, porque no coincide el daño "real" con el "jurídico". Si hay algo que pueda ser denominado "real", comprende muchos aspectos que para el legitimado del derecho son importantes, pero el sistema jurídico excluye. Por ejemplo, hay un régimen de causalidad que no cubre todas las consecuencias, sino sólo las previsibles porque hay que valorar la posición del agente. También hay limitaciones difíciles de superar, como ocurre, por ejemplo, con la indemnización dineraria que nunca puede conformar la desaparición de un ser querido; b) la indemnización, a su vez, tiene relación con los distintos subsistemas en los que se aplica y hay numerosos supuestos en los que hay límites en el derecho vigente. Además, muchos de ellos provienen de convenios internacionales, como ocurre, por ejemplo, en materia de transporte aéreo; c) en otros casos, hay diferentes modos de solucionar un mismo problema, como sucede con los accidentes de la circulación: unos países lo incluyen en la seguridad social, otros lo cubren con el seguro de primera persona, otros lo regulan mediante la responsabilidad civil, la mayoría con límites en la cobertura.

Frente a toda esa variedad y, teniendo en cuenta la tradición argentina en la materia, se ha decidido consagrar, como principio general, la reparación plena. Como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales.

También se consagran las reglas clásicas para los daños individuales, es decir, la opción por el pago en dinero o el reintegro específico. En este último caso se consagra un límite derivado del ejercicio abusivo del derecho, que es una norma general del sistema.

El Anteproyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible.

El mismo texto recoge la opinión mayoritaria en el sentido de que esta indemnización tiene una función satisfactiva y compensatoria.

En los demás artículos se establecen criterios tradicionales aceptados por la doctrina.

11. Daños a los derechos de incidencia colectiva

Se siguen las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia "Halabi", del 24 de febrero de 2009 (Fallos: 332:111) y el proyecto de reformas a la ley 25.675 (General del Ambiente) aprobado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (en sesión del Comité Ejecutivo del 19 de septiembre de 2006) y elevado oportunamente al Congreso de la Nación. También se tuvieron en cuenta las experiencias y conclusiones del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que aprobó en Caracas el 28 de octubre de 2004 la versión definitiva del Código Modelo de Procesos colectivos para Iberoamérica. Se adecúa el artículo 1622 del Proyecto de 1998.

Se distinguen dos supuestos.

El primero, referido a la lesión a un derecho de incidencia colectiva requiere que la pretensión recaiga sobre su incidencia colectiva. En estos casos se trata de un derecho indivisible, de uso común, y se establece que corresponderá, prioritariamente, la reposición al estado anterior del hecho generador. Si ello fuera total o parcialmente imposible, o resultare insuficiente, procederá una indemnización. Si ella se fijare en dinero, tiene el destino que le fije el juez por resolución fundada.

El segundo trata los daños a intereses individuales homogéneos, que se configuran cuando medie una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes o diferenciados, provenientes de la lesión de un interés colectivo o de una causa común, fáctica o jurídica.

En cuanto a la legitimación, se procuró mantener las directivas de la Constitución Nacional, y se entiende que otros legitimados según las leyes provinciales, podrían concurrir, como ocurre actualmente.

En la regulación de estos aspectos se han evitado las cuestiones procesales, que no corresponden al ámbito del Código. Sin embargo, es necesario dar algunas directivas genéricas y sustantivas sobre el funcionamiento de los procesos colectivos, tanto para las acciones reguladas en el Código como para suplir las que no han sido previstas en la legislación especial del derecho del consumidor.

Por esta razón se establecen reglas para la legitimación causal activa que permitan un ordenamiento de la pluralidad de acciones y se garantice una adecuada representación, como expresamente lo señaló la Corte Suprema en la citada sentencia "Halabi". Al mismo tiempo, se prevé que la acción colectiva no restrinja el necesario ámbito de la libertad individual y del acceso a justicia que corresponde garantizar constitucionalmente.

12) Responsabilidad directa

En este tema se comienza con una norma que precisa los conceptos en un sistema de responsabilidad civil que comprende tanto el ámbito contractual como extracontractual. Por ello es responsable directo tanto quien incumple una obligación como quien causa un daño injustificado.

En cuanto a los actos involuntarios, hay modificaciones en relación con la formulación de la regla. En el Proyecto de 1993 (PEN) se establecía que no hay responsabilidad, excepto que la involuntariedad derive de la culpa o bien se fije una indemnización por equidad. En el Proyecto de 1998 se cambió por la regla de la responsabilidad, especificando los casos de falta de discernimiento, el error, o el acto automático. En este Anteproyecto se establece la responsabilidad, evitando la enumeración casuística. Es decir, hay responsabilidad plena, salvo que el juez decida atenuarla por razones de equidad.

Para el caso de pluralidad de responsables, se establece la remisión a las obligaciones solidarias o concurrentes. El encubridor también responde, en cuanto se

acredita que ha cooperado en el daño (artículo 1582 del Proyecto de 1993 (PEN) y artículo 1655 del Proyecto de 1998).

13. Responsabilidad por el hecho de terceros

La responsabilidad por el hecho del dependiente es objetiva y comprende: a) al dependiente; b) a las personas que, no siendo dependientes, son utilizadas por el principal para cumplir con sus obligaciones. Es la estructura del vínculo obligacional como fundamento de la responsabilidad, lo cual es concordante con el texto que se propone en materia de obligaciones.

Se recepta el límite causal tradicionalmente reconocido: se responde cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas.

Finalmente, se precisa que es concurrente con la del subordinado, es decir, tiene causa fuente diferente.

La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos sometidos a la patria potestad que habiten con ellos, es solidaria y concurrente con la de los hijos. Se receptan disposiciones previstas en los arts. 1658 y cc. del Proyecto de 1998. En el artículo 1587 del Proyecto de 1993 (PEN), se incluía como eximente la prueba de la imposibilidad de evitar el daño, que se eliminó en el Proyecto de 1998. Si la responsabilidad paterna es objetiva, sería contradictorio que puedan probar los progenitores que aun habiendo colocado la máxima diligencia el hecho haya ocurrido, ya que precisamente la vigilancia es lo que debe primar. Es decir, los padres no pueden liberarse con la prueba de la falta de culpa, sino con la ruptura del nexos causal: la prueba del hecho del damnificado, del tercero o el caso fortuito.

14. Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades

Luego de la reforma de la ley 17.711 al artículo 1113 del Código Civil se ha desarrollado una amplia y consolidada doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de este texto que no se puede ignorar. También es necesario incluir el concepto de actividad riesgosa, que la mayoría de la doctrina argentina ha aprobado. Respecto de la definición de esta noción, en cambio, hay muchas discrepancias. La inclusión de la actividad riesgosa sin ninguna precisión, hace que cualquier actividad humana pueda ser considerada como tal, generalizando la responsabilidad de modo excesivo y sin precedentes en el derecho comparado.

Por estas razones el texto contempla dos supuestos:

- El daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, que mantiene la ya referida regla del artículo 1113 del actual Código.
- De las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Sobre este aspecto hay mucha controversia e ideas diferentes que se han discutido en la Comisión. Se ha optado por mantener un criterio amplio que ha sido utilizado en la jurisprudencia, calificando la actividad de riesgosa o peligrosa por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

En todos los casos la responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

En cuanto a los sujetos responsables, se admite que el dueño y el guardián son responsables indistintamente del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño no responde si prueba que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial. Se trata de criterios sostenidos por la doctrina jurídica argentina durante muchos años.

15. Responsabilidad colectiva y anónima

En esta Sección, se incorporan tanto la responsabilidad colectiva como la anónima, conforme lo ha señalado la doctrina en forma mayoritaria.

Cuando el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado, responden solidariamente todos sus integrantes, excepto aquél que demuestre que no ha contribuido a su producción. Es decir, demostrado quién es el autor, ya no hay anonimato.

Si trata de un grupo de riesgo, la situación es distinta: si un grupo realiza una actividad peligrosa para terceros, todos sus integrantes responden solidariamente por el daño causado por uno o más de sus miembros. Sólo se libera quien demuestra que no integraba el grupo. En este caso es ineficaz probar la autoría porque no interesa el anonimato, lo relevante es probar que no se ha integrado el grupo.

16. Supuestos especiales de responsabilidad

En esta Sección se tratan supuestos de responsabilidad que han sido ampliamente desarrollados en la jurisprudencia argentina, y conforme con esos criterios.

En cuanto a la persona jurídica se establece que responde por los daños que causen quienes las dirijan o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Es una regla sobre la que no hay mayores discusiones.

El Estado responde, objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Se ha utilizado el criterio definido por la Corte Suprema, que consideró que el ejercicio irregular es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de los que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Fallos: 321:1124). Dicho con otras palabras, no se trata de un juicio sobre la conducta de los agentes sino sobre la prestación del servicio y, por ello, la responsabilidad involucrada no es subjetiva, sino objetiva.

El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que impliquen el ejercicio irregular de su cargo.

En cuanto a la actividad lícita, se establece que el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. Esta norma sigue criterios de varios fallos de la Corte Suprema.

En los establecimientos educativos se establece que el titular responde por el daño causado o sufrido por sus alumnos menores de edad cuando se hallen o debieran hallarse bajo el control de la autoridad escolar. La responsabilidad es objetiva y se exime sólo con la prueba del caso fortuito. El establecimiento educativo debe contratar un seguro de responsabilidad civil, de acuerdo a los requisitos que fije la autoridad en materia aseguradora. Se trata de criterios ampliamente defendidos por la doctrina argentina, concentrando la imputación en el titular del establecimiento, quien, a su vez, descarga el pago en el seguro; lo importante en este caso es asegurar la indemnización a las víctimas, sin perjuicio de las cuestiones penales que puedan existir. En cuanto a la educación superior y universitaria, ya no puede predicarse que exista un deber de cuidado similar al de los otros establecimientos.

La actividad del profesional liberal está regulada de la siguiente manera:

- se aplican las reglas de las obligaciones de hacer.

- La imputación es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.
- Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, no es objetiva, excepto que causen un daño derivado de su vicio.
- La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas

Estos criterios son los que ha aplicado mayoritariamente la jurisprudencia y han sido defendidos por la doctrina. El profesional promete un hacer que consiste en una diligencia conforme a las reglas de la profesión, sin que pueda asegurar un resultado; de allí que la imputación sea subjetiva y pueda liberarse probando su falta de culpa. En cambio, si promete un resultado, la imputación es objetiva.

El profesional actúa con cosas, pero su imputación sólo es objetiva cuando éstas exorbitan el obrar humano por un vicio. No puede considerarse que exista una actividad riesgosa en general, calificada “ex ante”.

La vida privada está tutelada por medio de los derechos personalísimos y las acciones preventivas. En cuanto a la responsabilidad, se reproducen normas vigentes en la actualidad que han demostrado ser eficaces.

17. Ejercicio de las acciones

En cuanto al ejercicio de las acciones es importante señalar que se establece el principio de la independencia entre la acción civil y penal, largamente reclamado por la doctrina.

La acción civil y la acción penal resultantes del mismo hecho pueden ser ejercidas independientemente. En los casos en que el hecho dañoso configure al mismo tiempo un delito del derecho criminal, la acción civil puede interponerse ante los jueces penales, conforme a las disposiciones de los códigos procesales o las leyes especiales.

Capítulos 2 y 3. Gestión de negocios y empleo útil

La tradición histórica, basada en el derecho romano, y luego francés, admitió una clasificación cuatripartita de las obligaciones: el contrato, cuasicontrato, delito y el cuasidelito. En este contexto, la gestión de negocios ajenos y la repetición del pago de lo indebido fueron considerados cuasicontratos y así se enseña en muchas de las facultades de derechos del país. Sin embargo, la mayoría de la doctrina actual considera innecesarias las categorías híbridas del cuasicontrato y cuasidelito y se propone regular la gestión de negocios como una fuente autónoma y la repetición del pago de lo indebido

como una especie del enriquecimiento sin causa. Esta es la tesis predominante, adoptada en el Proyecto de 1998 y que seguimos en este Anteproyecto.

En la gestión de negocios, precisamente por ser regulada como una fuente autónoma, es necesaria una definición normativa que establezca con claridad los elementos para que surja una relación obligatoria. Se la define diciendo que hay gestión de negocios cuando una persona asume oficiosamente la gestión de un negocio ajeno por un motivo razonable, sin intención de hacer una liberalidad y sin estar autorizada ni obligada, convencional o legalmente. En el concepto se reciben los criterios tradicionales: el gestor no tiene una obligación de actuar, ni tampoco pretende hacer una liberalidad y por ello es que, no habiendo ninguna otra causa, es autónoma. Sin embargo, se agregó un elemento que estaba en el Proyecto de 1998: el gestor asume oficiosamente la gestión por un motivo razonable.

El gestor está obligado a avisar sin demora al dueño del negocio que asumió la gestión, y aguardar su respuesta, siempre que esperarla no resulte perjudicial; actuar conforme a la conveniencia y a la intención, real o presunta, del dueño del negocio; continuar la gestión hasta que el dueño del negocio tenga posibilidad de asumirla por sí mismo o, en su caso, hasta concluirla; proporcionar al dueño del negocio información adecuada respecto de la gestión; una vez concluida la gestión, rendir cuentas al dueño del negocio.

Luego se establecen las causas de la conclusión de la gestión, los alcances de la obligación, los supuestos en que el dueño queda obligado. En materia de responsabilidad del gestor se ratifica la idea de la imputación por culpa, para cuya valoración se toma en cuenta la diligencia con referencia concreta a su actuación en los asuntos propios, si se trata de una gestión urgente, si procuró librar al dueño del negocio de un perjuicio o si actuó por motivos de amistad o de afección. También se incluye la responsabilidad por caso fortuito y la solidaridad.

Supletoriamente se aplican las normas del mandato.

El empleo útil es definido de la siguiente manera: quien, sin ser gestor de negocios ni mandatario, realiza un gasto, en interés total o parcialmente ajeno, tiene derecho a que le sea reembolsado su valor, en cuanto haya resultado de utilidad, aunque después ésta llegue a cesar. Esta figura no ofrece mayores dificultades.

Capítulo 4. Enriquecimiento sin causa

El Proyecto de 1936 incluyó un Título reglamentando el enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones (artículos 852 a 863), en el cual fueron regulados el empleo útil y el pago indebido. El Anteproyecto de 1954 dedicó al enriquecimiento injusto un Título dividido en tres Capítulos, tratando de las disposiciones generales, del pago indebido y de la gestión de negocios (artículos 1059 a 1071). El Proyecto de 1987 le dedicó los artículos 2309 y 2310, al igual que el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993. El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 hizo lo propio (artículos 541 y 1542). El Proyecto de 1998 incluyó disposiciones generales para el enriquecimiento sin causa, y particulares para el pago indebido. Hemos seguido este último método.

El enriquecimiento sin causa es definido de la siguiente manera: toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido. Si el enriquecimiento consiste en la incorporación a su patrimonio de un bien determinado, debe restituirlo si subsiste en su poder al tiempo de la demanda. Luego se establece que la acción no es procedente si el ordenamiento jurídico concede al damnificado otra acción para obtener la reparación del empobrecimiento sufrido.

Como ya se dijera, se incluye el pago indebido dentro de este Capítulo. La doctrina ha estudiado este tema y ha señalado que, en realidad, no hay pago, porque no se da el cumplimiento de una obligación ni concurren los elementos tipificantes.

Se establece que es repetible si: a) la causa de deber no existe, o no subsiste, porque no hay obligación válida; esa causa ha dejado de existir; o fue realizado en consideración a una causa futura, que no se va a producir; b) paga quien no está obligado, o no lo está en los alcances en que pagó, a menos que lo haga como tercero; c) recibe el pago quien no es acreedor, a menos que aquél sea hecho por un tercero habilitado; o como liberalidad; d) la causa del pago es ilícita o inmoral; e) el pago es obtenido por medios ilícitos.

De esta manera hay una regulación sistemática y clara de este instituto, mejorando la situación actual.

Capítulo 5. Declaración unilateral de voluntad

La declaración unilateral de voluntad como fuente autónoma de las obligaciones ha sido ampliamente aceptada en el derecho argentino. Como esta noción es relativamente novedosa, su incorporación en los códigos civiles es muy variada: algunos, como el argentino, tienen algunos institutos, como la oferta a plazo o la promesa de

recompensa, que se explican como supuestos de declaración unilateral. Otros aceptan la doctrina, sin ubicarla metodológicamente en un lugar especial, como el alemán (§ 780, 793 y sigs.) y el suizo de las obligaciones (artículos 3, 5, 8). En un tercer sector, otros la admiten expresamente, como el brasileño (artículo 1505 y sigs.), el del Distrito Federal mexicano (artículo 1860 y sigs.), el italiano de 1942 (artículo 1987 y sigs.), así como los más modernos de la región: el boliviano de 1975 (artículo 955 y sigs.), el peruano de 1984 (artículo 1956 y sigs.) y el paraguayo de 1987 (artículo 1800 y sigs.). El Proyecto de 1987 (artículo 2288 y sigs.), el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (artículo 1470 y sigs.) y el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (artículo 2288 y sigs.) y el Proyecto de 1998 tratan la declaración unilateral de voluntad.

Por lo tanto, es necesario regular este instituto de modo sistemático, superando las deficiencias que presenta actualmente y en ello hemos seguido el Proyecto de 1998.

El Anteproyecto adjunto establece que la declaración unilateral de voluntad causa una obligación jurídicamente exigible en los casos previstos por la ley o por los usos y costumbres. Se le aplican subsidiariamente las normas relativas a los contratos.

En una norma concordante con lo dispuesto en obligaciones, se dispone que la promesa de pago de una obligación realizada unilateralmente hace presumir la existencia de una fuente válida, excepto prueba en contrario.

También se consideran tales a las obligaciones que resultan para el emisor o confirmante de las cartas de crédito emitidas por bancos u otras entidades autorizadas son declaraciones unilaterales de voluntad. En estos casos puede utilizarse cualquier clase de instrumento particular.

Se regula la promesa de recompensa y se establece que quien, mediante anuncios públicos promete recompensar, con una prestación pecuniaria o una distinción, a quien ejecute determinado acto, cumpla determinados requisitos o se encuentre en cierta situación, queda obligado por esa promesa desde el momento en que llega a conocimiento del público.

El concurso público es otro supuesto. La promesa de recompensa al vencedor de un concurso, requiere para su validez que el anuncio respectivo contenga el plazo de presentación de los interesados y de realización de los trabajos previstos. El dictamen del jurado designado en los anuncios obliga a los interesados. A falta de designación, se entiende que la adjudicación queda reservada al promitente. El promitente no puede exigir la cesión de los derechos pecuniarios sobre la obra premiada si esa transmisión no fue prevista en las bases del concurso.

Finalmente se incluyen las garantías unilaterales, que constituyen un supuesto muy importante para la actividad comercial, que ha sido ya tratado en proyectos anteriores. Constituyen una declaración unilateral de voluntad las "garantías de cumplimiento a primera demanda", "a primer requerimiento" y aquéllas en que de cualquier otra manera se establezca que el emisor garantiza el cumplimiento de las obligaciones de otro y se obliga a pagarlas, o a pagar una suma de dinero u otra prestación determinada, independientemente de las excepciones o defensas que el ordenante pudiera tener, aunque mantenga el derecho de repetición contra el beneficiario, el ordenante o ambos. El pago faculta la promoción de las acciones recursorias correspondientes.

Se precisa los sujetos, la forma, la cesión en garantía y la irrevocabilidad.

Capítulo 6. Títulos valores

En este tema se ha seguido al Proyecto de 1998, con algunas modificaciones.

La ubicación metodológica sigue la del mentado proyecto, es decir, dentro de la declaración unilateral de voluntad.

El articulado recepta las reglas jurídicas básicas y más aceptadas, con la finalidad de promover la circulación amplia de estos títulos y la seguridad jurídica.

Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo. No se trata de bienes o cosas muebles registrables. Se consagra la regla de autonomía: el portador de buena fe de un título valor que lo adquirió conforme con su ley de circulación, tiene un derecho autónomo, y le son inoponibles las defensas personales que puedan existir contra anteriores portadores. El deudor que paga al portador del título valor conforme con su ley de circulación queda liberado, excepto que, al momento del pago, disponga de pruebas que demuestren la mala fe del que lo requiere.

Cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija. Se comprende en esta facultad la denominación del tipo o clase de título, su forma de circulación con arreglo a las leyes generales, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hagan a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente.

Se regulan los títulos valores cartulares, que son necesarios para la creación, transmisión, modificación y ejercicio del derecho incorporado. 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.

Se contemplan el título valor al portador, el título valor a la orden, se establecen las reglas del endoso. Se dedica una Sección completa a los títulos valores no cartulares y otra a la sustracción, pérdida y destrucción de títulos valores o de sus registros. Son relevantes las normas sobre títulos con cotización pública.

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.

VII) LIBRO CUARTO: Derechos reales

Título I: “Disposiciones generales”

Vélez Sarsfield incluyó en el Código Civil vigente una muy breve parte general conformada por solamente cuatro artículos (2502 a 2505), el último reformado a los fines de modernizar el rumbo con la inscripción registral que complementaba la ley 17.801.

La brevedad de estas normas no llegó a ser un sistema y, por eso, el codificador repite y reitera muchas nociones que bastaba con incluir una sola vez.

La Comisión no sólo se decidió por una parte general de los derechos reales, sino luego por partes generales internas propias de algunos derechos reales.

Esta parte general dedicada a tales disposiciones y principios comunes a todos los derechos reales, a las reglas sobre su adquisición, transmisión y extinción y a los requisitos para su oponibilidad, en un esquema básico originado en el Proyecto de 1998, reúne las normas generales relativas a estos derechos a fin de agrupar las pautas actualmente dispersas en el articulado del Código, o que han surgido de la jurisprudencia y doctrina interpretativa del sistema vigente.

En este Anteproyecto se ha tomado el criterio como propio, pues es de buena metodología y ofrece claridad, ahorrando a su vez el exceso de preceptos repetitivos.

Capítulo 1. Principios comunes

Se ha tomado del Proyecto la definición de derecho real, aunque a fin de completar el concepto y ponderando alguna crítica se agregó que el poder jurídico se ejerce en forma autónoma.

En lo tocante al objeto no se requiere que la cosa esté en el comercio, pues son asimismo objeto del derecho real, las cosas que están fuera del comercio por su

inenajenabilidad relativa y aquéllas cuya enajenación estuviese prohibida por una cláusula de no enajenar.

Asimismo, se acepta que el objeto puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos de derechos sobre derechos, como la hipoteca del derecho de superficie en su modalidad de derecho sobre cosa ajena; o en casos de derechos complejos como el tiempo compartido.

Respecto de la estructura, en tanto no todas las normas que regulan los derechos reales son de orden público, sino solamente aquéllas que lo hacen sustancialmente, se plantea que tienen ese carácter las que se refieren a sus elementos y contenido y en cuanto a su adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción. Se señala como inválida la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

Sin embargo, a diferencia del Código Civil vigente que indica que todo contrato o disposición de última voluntad que constituye otros derechos reales o modifica los que se reconocen valdrá sólo como constitución de derechos personales -si como tal pudiese valer-, no se reglan los efectos de tal creación, en tanto según sea el caso, el juzgador indicará si carece de todo valor, si importa un derecho personal, o si deviene en un derecho real próximo.

La norma que regula la convalidación si con posterioridad se adquiere un derecho que no se obtuvo por falta de legitimación, a diferencia del Código Civil actual y de acuerdo con el Proyecto de 1998, no hace excepción a la hipoteca pues se entiende injustificada la excepción. También se adoptan, si bien con algunos matices diferenciales, las reglas sobre la persecución y preferencia como notas típicas del derecho real, las clasificaciones de los derechos reales y el modo de su ejercicio.

En cuanto a la enumeración de los derechos reales y a fin de estar a la altura de una realidad que hace hincapié en los derechos colectivos y participados, se adicionan la propiedad comunitaria indígena, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie. Es cierto que por ley especial ya están regulados la propiedad horizontal, el tiempo compartido y la superficie forestal, pero su incorporación al Código con mayor completitud era una necesidad.

Los derechos constitucionalmente reconocidos de los pueblos originarios a sus tierras y a la gestión referida a sus recursos naturales son puntos que se han introducido en el Título Preliminar del Código.

En este libro se proyecta incluir un derecho real nuevo, con características propias, para establecerlo como autónomo. A estos fines se propone un derecho comunitario, de sujeto plural o colectivo, pero indeterminado en cuanto a sus componentes; y este sujeto es la comunidad indígena registrada. Se considera necesario introducir en el Código este derecho real porque, de lo contrario, cuando se adquieren las tierras, se asignan títulos de dominio que, mayormente, surgen de usucapiones. Ello ocurre pues, pese a la Constitución, el tema se resuelve a través de derechos reales conocidos, con estructura propia. Y ésta es y debe ser una propiedad comunitaria con las características que surgen de la Constitución. Por ende, corresponde determinarlo y reglamentarlo en el Título de los derechos reales.

Por otro lado, el procedimiento de regularización de la titularidad de las tierras queda encomendado a la ley especial, pues se entiende que corresponde al diseño de políticas estatales particularizadas y no es propio del derecho privado.

La falta de regulación o regulación parcializada y separada del Código de los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie los tornan ajenos a los principios generales clásicos y de difícil interpretación y aplicación práctica. El crecimiento de este tipo de propiedad que brinda mayor aprovechamiento de los recursos al utilizarse en común, por otro lado trae mayor conflictividad por la convivencia más cercana. La proximidad del vecino y la comunidad de intereses requiere una adaptación de la normativa a aspectos impensados en tiempos del codificador. A tal punto es así en el Código Civil que el principio de la accesión según el cual todo lo edificado y plantado pertenece al dueño del suelo, está ínsito en las bases del régimen; y la comunidad en el condominio tiene como nota más típica su tendencia hacia la partición, principios impensables para estos derechos compartidos.

Capítulo 2. Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad

La mayor modificación en este punto que importaría un cambio sustancial, estaría referida al modo suficiente cuando se trata de la adquisición, constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales sobre cosas registrables.

En un primer momento, la Comisión pensó en actualizar y tecnificar el sistema, sobre el criterio de sustituir la tradición posesoria por la inscripción registral como modo suficiente para los bienes registrables y abandonar la milenaria teoría del título y el modo del sistema romano puro como pilar del sistema transmisivo entre vivos de los derechos reales que se ejercen por la posesión.

En el país, ya Eleodoro Lobos en 1899 propuso agregar al final del Código Civil un artículo: *“En todos los casos en que este código exija la tradición en la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, sólo se juzgará hecha esa tradición por la inscripción en el Registro de la Propiedad de los respectivos instrumentos públicos”*. Al tiempo de la sanción del Código Civil -decía el Dr. Lobos- no existía legislación civil adelantada que no hubiese abandonado el sistema romano que adoptaba el Dr. Vélez Sarsfield; y mencionaba la legislación francesa desde 1855, la belga desde 1851, Portugal desde 1869, Italia desde 1866, Austria, Chile, Prusia, Inglaterra, los dominios ingleses como Canadá, y otros países.

Igual lineamiento siguieron los proyectos de ley de Barraquero (1902), Galiano (1904), Poder Ejecutivo (1911), Frugoni Zabala (1915) y Melo (1917); y el Proyecto de Reforma al Código Civil argentino de la Comisión de Reformas de 1936 que trabajó sobre la base del Anteproyecto Bibiloni, y propició la modificación sustancial en la materia, con una propuesta inspirada en el sistema alemán del acto abstracto de enajenación, aunque lo hizo con reglas autóctonas. A tal punto consideró relevante la modificación que la Comisión expresó en su nota de elevación al Poder Ejecutivo: *“Esta es, sin duda, la reforma de mayor significado que experimenta el sistema del Código”*.

El Anteproyecto de Código Civil de 1954 elaborado por el Instituto de Derecho Civil dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, cuya dirección desempeñaba Jorge Joaquín Llambías, dispone : *“Los derechos reales sobre inmuebles sólo se adquieren, transmiten, modifican y extinguen por actos entre vivos, mediante la inscripción del acto respectivo en el Registro inmobiliario”*. Pesan, por su importancia, las anotaciones a la norma proyectada, en tanto indican: *“El sistema que adoptamos en este Proyecto, aunque se inspira en gran parte en los proyectos nacionales y sistemas alemán y suizo, bien puede considerarse como un sistema netamente argentino, desde que no seguimos la doctrina del acto abstracto y otros elementos del sistema alemán que serían de difícil comprensión y aplicación entre nosotros. El principio fundamental del sistema de este Proyecto es que nadie adquiere, modifica o extingue un derecho real por acto entre vivos, sino mediante la inscripción del contrato en el registro. La regla del Código vigente es que en esos casos la transmisión no se opera por el solo contrato, sino por medio de la tradición (arts. 577 y 3265). Reemplazamos la tradición por la inscripción del contrato, sistema que reconoce como antecedente entre nosotros el Proyecto del Dr. Eleodoro Lobos, presentado en la Cámara de Diputados el 11 de septiembre de 1899. La inscripción de los títulos de toda transmisión de derechos reales, es además una*

costumbre arraigadísima entre nosotros, puesto que la exigen las leyes locales que organizan los Registros de la Propiedad...La publicidad equívoca y rudimentaria que significa la tradición, unida a la regla del artículo 3270 del código vigente y sus numerosas aplicaciones concretas, debe ser abandonada para obtener una adecuada firmeza y seguridad en el régimen inmobiliario. El proyecto no llega en sus innovaciones a adoptar la teoría del acto abstracto (Comp. artículo 873 del Cód. alemán) y sus complicadas reglas, porque resulta de difícil aplicación entre nosotros. Lo que debe inscribirse es el contrato, lo que permitirá al adquirente conocer y examinar la causa fundante del derecho del transmitente. El tercer adquirente a título oneroso, en este proyecto, hace una adquisición inatacable, pero los vicios del título le son oponibles cuando procedió de mala fe... En nuestro sistema resulta innecesario decir, como expresan los proyectos nacionales, que la inscripción no torna eficaces los actos nulos o anulables. Lo que se inscribe es el título, y si mediare causal de nulidad, decretada ésta, se ordenará por el juez que se haga la pertinente rectificación en el Registro. La situación de los terceros, ignorantes del vicio y adquirentes a título oneroso, queda a salvo”.

La primera normativa de registros de la Capital Federal surgió de la ley 1.893 del año 1886, sobre Organización de los Tribunales de la Capital, que creaba una oficina de registro de propiedades, hipotecas, embargos e inhibiciones, sólo aplicable en jurisdicción de la Capital Federal. Establecía que sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil respecto de las hipotecas, los actos o contratos mencionados en ella sólo tendrían efectos contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro. Exigía el certificado del Registro donde constara el dominio y sus condiciones, como requisito indispensable para extender una escritura que transmitiera o modificara derechos reales bajo pena de destitución del escribano, lo cual hizo que fuera regla invariable la inscripción de los títulos.

Con diversidades, las provincias dictaron leyes que crearon sus registros de la propiedad inmueble. Estas leyes locales agregaron el requisito de la inscripción registral, por lo cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad entendiendo que invadían el campo legislativo del Código Civil.

La reforma de 1968 puso fin a esta anomalía pues incorporó la publicidad registral para los derechos reales inmobiliarios que, afortunadamente, de hecho, se cumplía casi desde la sanción del Código.

Sin embargo, a pedido de escribanos y registradores, con invocación de la falta de preparación de los registros para tal modificación, el Anteproyecto mantiene el sistema

vigente en el cual la inscripción constitutiva solamente se incluye como excepción para la adquisición, transmisión, etcétera, de ciertos objetos (por ejemplo, automotores), mas no para todas las cosas cuyo dominio es registrable, especialmente los inmuebles para los cuales mantiene la tradición posesoria como modo suficiente.

Ello muestra la disposición de la Comisión para redactar un Código que satisfaga los intereses de la comunidad sin hacer prevalecer ideas propias sobre las necesidades de la población.

Respecto de la oponibilidad, como es natural se requiere la publicidad suficiente respecto de terceros interesados y de buena fe, considerándose publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso.

Título II: “Posesión y tenencia”

Capítulo 1. Disposiciones generales

El Anteproyecto ha comenzado por las disposiciones comunes que conforman una parte general de la posesión, reafirmando que las diversas piezas del Código deben estar precedidas por ciertas disposiciones aplicables a la gran mayoría de las relaciones jurídicas y derechos allí reconocidos y regulados, lo cual evita repeticiones confusas y sobreabundantes.

El Título se dedica a las relaciones de poder del sujeto con la cosa que se circunscriben a dos: la posesión y la tenencia.

La posesión es el importante contenido de los derechos reales y gran parte del sistema gira a su alrededor. En este Anteproyecto la posesión es base y apoyo de la mayoría de los derechos. Se ha incluido en el concepto amplio de relación de poder, a fin de comprender las dos expresiones principales: posesión y tenencia.

Se la ha preferido antes que el término “relaciones reales” que utiliza el Proyecto de 1998, por ser éste demasiado amplio ya que las relaciones entre una persona y una cosa son infinitas.

Aparte, es equívoca porque en Europa se la emplea a veces para hacer referencia al derecho real, al valerse de los términos “relación real” para significar “derecho real”, por oposición a “relación personal” en vez de “derecho personal”.

A los efectos de la teoría posesoria, las únicas relaciones de poder que interesan son la posesión y la tenencia; con la adición del servidor de la posesión al solo fin de la defensa extrajudicial de la posesión, que no puede aceptarse como violencia que implica

a la persona, y por tal razón se admite que quienquiera que esté en o con la cosa se defienda.

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. El que está dormido o encadenado no tiene la posibilidad de actuar en derecho en los ámbitos de la posesión. Es necesaria la voluntad.

Con pequeñas modificaciones se han tomado las definiciones de posesión y tenencia del Proyecto de 1998, como también la calificación de las figuras, salvo que se restablece la subdivisión de la posesión en viciosa y no viciosa por sus importantes efectos jurídicos y para honrar adecuadamente el valor justicia. Es que el poseedor calificado como de mala fe por no haber realizado diligencias que le hubieran permitido conocer alguna carencia de su derecho, no puede ser equiparado a quien quebrantó intencionalmente la ley con violencia o cometiendo hurto.

También se mantiene que siempre que no sea posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe se estará al día de la citación a juicio.

Capítulo 2. Adquisición, ejercicio, conservación y extinción

Se regula con claridad quién puede adquirir la relación de poder sobre el objeto y, para mantener coherencia con el concepto de objeto de los derechos reales, no se considera que su extinción ocurra cuando la cosa sea puesta fuera del comercio.

Básicamente se describe la tradición y sus excepciones, los actos posesorios y las presunciones, manteniéndose el sistema del Código vigente más simplificado.

Capítulo 3. Efectos de las relaciones de poder

Como es tradicional, los efectos de la posesión y la tenencia se conjugan con los derechos y obligaciones inherentes a la posesión.

Según un acertado precepto del Proyecto de 1998, y a los fines de la mejor comprensión de los efectos, el Anteproyecto hace una clara distinción y descripción de los conceptos de frutos y mejoras para luego determinar su adquisición según la buena o mala fe.

Estos principios son relevantes pues el Código hace remisión a ellos en diversas normativas, es decir que constituyen principios generales sobre el régimen de frutos y mejoras.

Título III: “Dominio”

La regulación del dominio comienza por las disposiciones generales que constituyen una parte general pues, como regla, las piezas del Código deben estar precedidas por ciertas normas comunes, aplicables a la generalidad de los derechos reglamentados en el Título, a fin de impedir duplicaciones innecesarias

Para introducir, se da la definición. La referencia es, en primer lugar, al dominio perfecto (más adelante se incluye el imperfecto), que tiene las facultades más completas de usar, gozar y disponer y los caracteres de ser perpetuo, exclusivo y absoluto. Se aclara, sin embargo, en el mismo artículo, que tales cualidades existen dentro de los límites previstos por la ley. Todos los derechos, ciertamente también el dominio, se admiten conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; por otra parte, debe tratarse de un ejercicio regular, siendo especialmente aplicable la normativa de la parte preliminar de este Código en cuanto llama la atención contra el ejercicio antifuncional y abusivo.

Se tiene presente que el derecho a la propiedad privada vincula tanto el interés de su titular como el provecho de la sociedad, de manera que no puede ejercerse en forma egoísta ni en perjuicio del interés social. Resulta ineludible tomar en consideración el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al bloque constitucional (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), según el cual toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Los indicados caracteres se desarrollan en los siguientes artículos, en sus varias connotaciones, algunas de las cuales -según sus críticos- habían sido omitidas en el Proyecto de 1998.

Se continúa con los modos de adquisición del dominio, para hacer referencia a las cosas muebles no registrables que son susceptibles de apropiación detallando en algunas pocas normas, y en la medida de lo necesario, las diversas hipótesis en cuanto a cosas apropiables o no apropiables, tesoros y cosas perdidas. Posteriormente, se pasa al tratamiento de la transformación, y de la accesión tanto de muebles como de inmuebles.

También en breves normas se desarrolla el dominio imperfecto, su adquisición y extinción y los respectivos efectos. Se da cuenta de que el dominio fiduciario se trata en las normas del contrato de fideicomiso a las que se remite.

Este Anteproyecto no habla de restricciones sino de límites al dominio y evita el casuismo del Código vigente. Hay cierto apartamiento del Proyecto de 1998, al disponer que las normas que son subsidiarias frente a regulaciones administrativas son las relativas a la

vecindad, pues las referidas a los márgenes a la disposición jurídica, jamás serían susceptibles de modificación por una norma de menor jerarquía.

Con algunas pequeñas modificaciones, se mantienen los términos del Código Civil relativos a las molestias excesivas provenientes de actividades en inmuebles vecinos, según el enunciado proveniente de la reforma de 1968, norma que constituyó un acierto, tiene cuantiosa jurisprudencia consagrada por sus pautas de razonabilidad en el uso regular de la propiedad y no merece un cambio por estar a la altura de los tiempos.

Título IV “Condominio”

El tema se inicia con las disposiciones generales que abarcan el concepto, la presunción de igualdad y los principios fundamentales del condominio sin indivisión forzosa, normal u ordinaria, en cuanto a destino y facultades sobre la cosa en su totalidad o respecto de la parte indivisa.

Es importante señalar que por norma expresa, tal como en el Proyecto de 1998, en este Anteproyecto se aclara que las disposiciones del condominio son aplicables subsidiariamente a todo supuesto de comunión de derechos; y que al condominio se aplican subsidiariamente las reglas del dominio.

En gran cantidad de normas se mantuvo la terminología y criterio del codificador como en materia de gastos contraídos en beneficio de la comunidad.

En cuanto a la administración, se acepta la idea del Proyecto de 1998 de facilitar las reuniones. Es así que –a diferencia del Código- para tomar decisiones es suficiente la citación a todos los copropietarios, dando cuenta del orden del día, efectivizada en forma fehaciente y con anticipación razonable, no siendo necesaria la presencia de quien prefiere ausentarse. Justamente, en el Código vigente, con la sola ausencia se impide tomar cualquier decisión, situación que implica poder de veto.

Respecto de la partición, se sigue remitiendo a la división de la herencia que es donde se encuentra actualmente regulada, se mantiene la facultad de pedirla en cualquier tiempo, como también las causales de indivisión forzosa con reglas simples y claras.

El condominio con indivisión forzosa puede ser temporario o perdurable. Como el Proyecto de 1998, preferimos esta denominación a la de perpetuo que da una idea de infinitud que no es propia de este derecho.

La medianería preserva todas sus características, pero ha quedado simplificada.

La aplicación del Código Civil vigente no es difícil, una vez que se desbroza la terminología, los momentos desde los cuales se puede exigir el pago, qué incluye éste, tanto en la medianería urbana como en la rural.

Por ello, se dio la definición de cada tipo de muro, todos los cuales son linderos separativos o divisorios; mas desde el punto de vista físico se clasifican en encaballados o contiguos; además están los de elevación o enterrados que se extienden en altura y profundidad; y desde el punto de vista jurídico, de la pertenencia o titularidad, se clasifican en medianeros y privativos o exclusivos. A ello se agregan, con sus caracteres clásicos, los muros de cerramiento, tanto urbano como rural, para los casos en que éste sea forzoso.

Título V: “Propiedad comunitaria indígena”

La incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil es absolutamente novedosa pero es también absolutamente necesaria.

Los antecedentes que se valoran son la Constitución Nacional, los tratados internacionales, en especial los Convenios de la OIT nº 107 y 169, la jurisprudencia nacional y provincial, como la de la CIDH, las Constituciones americanas, la legislación extranjera y la doctrina vernácula.

La Constitución Nacional reformada en 1994, en su artículo 75, inc.17, reconoce la posesión y propiedad comunitarias de las comunidades indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan y, si bien esta manda es operativa, se ha hecho necesario otorgar cauces adecuados para su implementación.

La interpretación que ya hace jurisprudencia por provenir de la mayoría de los tribunales del país encuadra la propiedad indígena como un derecho real y con motivo de ello se aplica subsidiariamente las normas del dominio. Los conflictos suscitados y la falta de normativa específica que regule el instituto en su totalidad hacen palpable la insuficiencia de la solución; y, si es un derecho real, debe incluirse en el código con tipicidad propia en el Libro de los Derechos Reales.

Esta incorporación constituye la manera adecuada de admitir la coexistencia de formas culturales distintas y de convertir en derecho positivo el ideario indígena junto al criollo. Se mantiene el status especial de la comunidad indígena protegida constitucionalmente y en consecuencia es inalienable, intransmisible, insusceptible de gravámenes de garantía, medidas cautelares o prescripción adquisitiva por parte de terceros.

La titular es la comunidad organizada y registrada como persona jurídica con debido control estatal. El Anteproyecto indica cuáles son los modos de constitución del derecho real y sus caracteres, las facultades de la titular y hace referencia al aprovechamiento de los recursos naturales con incidencia en los hábitats indígenas.

La Comisión cree cumplir un cometido acorde al reconocimiento de los derechos fundamentales de todos los habitantes, inclusive de los pueblos originarios que habían sido postergados y olvidados en la legislación general básica de todos los argentinos.

Título VI: “Propiedad horizontal”

La propiedad horizontal tiene carta de ciudadanía plasmada en la ley 13.512 desde 1948 pero, debido a la falta de modificación del Código, sólo en la legislación especial. Ciertamente que todos los intentos de reforma lo proyectaron, por constituir una necesidad que estuviera regulado en el Código Civil como el derecho real que es, completando los pocos artículos de la ley con la jurisprudencia interpretativa que es mucha y rica. La convivencia cercana que implica morar en pisos y departamentos trae conflictos inevitables. Y a ello se agregan las nuevas necesidades en los grandes edificios y megaconsorcios como también la multiplicidad de servicios que se brindan dentro del propio edificio (que más que un edificio en muchos casos es casi una minipoblación).

La Comisión tomó una cantidad de normas del Proyecto de 1998.

Para permitir tantos y mejores usos se amplía el concepto de unidad funcional a todos los locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, siempre que tengan independencia funcional, en comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.

Se quita toda duda sobre el carácter de persona jurídica del consorcio consignando expresamente que lo es; y se incluye entre sus órganos no sólo a la asamblea y al administrador, sino al consejo de propietarios que es una realidad de la que no se puede prescindir y que, en gran parte, es el que a nivel cotidiano se encarga de todos los asuntos.

Se dispone que los propietarios no pueden liberarse del pago de ninguna expensa o contribución a su cargo aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición, por renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación, ni por abandono de la unidad; y, ampliándose la cantidad de personas que aprovechan los servicios y en consecuencia quedan obligados, se manda que -sin implicar liberación del

titular-, los titulares de otros derechos reales o personales que sean poseedores por cualquier título estén obligados al pago de los gastos y contribuciones.

Una norma novedosa es la que establece que el reglamento de propiedad y administración puede eximir parcialmente de las contribuciones por expensas a las unidades funcionales que no tengan acceso a determinados servicios.

En cuanto a asambleas de propietarios, se simplifica la convocatoria y, especialmente, el quórum y mayorías pueden lograrse más fácilmente, por adhesión. Se establece también una breve regulación de la asamblea judicial.

Los subconsorcios quedan contemplados por ser un nuevo escenario. Son sectores con independencia económica, funcional o administrativa en todo aquello que no gravite sobre el edificio en general; y cada sector puede tener una subasamblea, y puede designarse un subadministrador del sector. Ello no implica quitar responsabilidades del consorcio general frente a terceros pues los subconsorcios constituyen sólo una organización interna.

Y, por último, se agregan algunas normas que favorecen la prehorizontalidad a los fines de dar ciertas seguridades a quienes están por comprar en régimen horizontal.

Título VII: “Conjuntos inmobiliarios”

Constituye una novedad la introducción de los conjuntos inmobiliarios, término que abarca los barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrios de chacras, ciudades pueblo o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquéllos que contemplen usos mixtos.

El marco legal de los conjuntos inmobiliarios, cuando se configuren derechos reales, es el de propiedad horizontal, aunque pueden existir conjuntos inmobiliarios en los que se establezcan los derechos como personales o en los que coexistan derechos reales y derechos personales.

Tiene la novedosa concepción de una regulación de disciplina, como también del régimen de invitados y de usuarios no propietarios respecto de los cuales los usos pueden ser más restringidos según se establezca en el reglamento; asimismo la previsión de la posible constitución de servidumbres u otros derechos reales de los conjuntos entre sí o con terceros conjuntos. Pueden preverse también limitaciones aunque no la prohibición total para la trasmisión de unidades.

Título VIII: “Tiempo compartido”

También constituye una nueva incorporación al Código el tiempo compartido. Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino.

Puede integrarse con inmuebles y muebles, en tanto la naturaleza de éstos sea compatible con los fines mencionados, ello con independencia de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten, y del régimen legal al que los bienes se encuentran sometidos.

Se prevé la participación de un propietario que afecta los bienes a los fines del aprovechamiento periódico, un emprendedor, un administrador, un comercializador y los deberes que corresponde cumplir a cada uno. Existen variadas normas que ofrecen protección al usuario, que por otra parte es consumidor.

Título IX: “Cementerios privados”

El cementerio privado se torna en otra nueva inclusión de un derecho real.

Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos; el titular de dominio del inmueble destinado a cementerio privado debe otorgar una escritura de su afectación que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble conjuntamente con el reglamento de administración y uso del cementerio. A partir de su habilitación por parte de la municipalidad local el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía, para protección del usuario que es consumidor. En la materia existe una fuerte influencia del orden público, estando reglamentado el uso y la participación de los visitantes y las facultades y deberes del titular del derecho de sepultura.

Título X: “Superficie”

El derecho de superficie sólo está contenido en la ley 25.509 que contempla la superficie forestal. Ahora en el Anteproyecto, se regula en su variante amplia, de acuerdo con el criterio mayoritario: derecho a construir o forestar como derecho sobre cosa ajena y derecho sobre propiedad superficiaria como derecho sobre cosa propia, aunque coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

Puede constituirse sobre un inmueble o sobre partes materialmente determinadas de un inmueble. Pueden coexistir superficies con otros derechos similares aunque no sobre la misma parte del inmueble.

La superficie es temporaria por plazos de setenta o cincuenta años según sea para edificios o plantaciones.

Es un derecho transmisible por actos entre vivos y por causa de muerte. El superficiario puede constituir derechos reales de garantía y afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal.

Título XI: “Usufructo”

Queda definida y tipificada como derecho real en veinticuatro artículos cuando el Código vigente necesitó regularla en ciento cuarenta y un artículos. Esto demuestra que se ha simplificado y clarificado la disposición del usufructo manteniendo su misma estructura básica.

No se regula el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos pues se ha suprimido este derecho que sólo daba ventajas a los padres.

El usufructuario puede transmitir su derecho, aunque es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. También puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. Como es transmisible, es ejecutable por los acreedores. Siempre el adquirente debe dar garantías de la conservación y restitución de los bienes al nudo propietario.

Título XII: “Uso”

El uso, como en el Código Civil de Vélez Sarsfield, es más limitado que el usufructo. No sólo en contenido material sino en facultades, ya que no puede constituir derechos reales

En principio, está afectado a las necesidades del usuario y su familia, lo cual lo torna derecho alimentario e impide el embargo de frutos cuando son de esa envergadura mínima.

Título XIII: “Habitación”

El derecho real de habitación, como el uso, sólo puede constituirse a favor de persona humana. No es transmisible ni ejecutable.

Título XIV: “Servidumbres”

También en este caso al codificador el tema le insumió ciento treinta y ocho artículos que en el presente se reducen a veintiuno. No son conceptos innovadores sobre el Código, aunque ciertamente se simplifican y aclaran los derechos del titular dominante y del titular del fundo sirviente.

Título XV: “Derechos reales de garantía”

Capítulo 1. Disposiciones comunes

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.

Capítulo 2. Hipoteca

Se trata en siete artículos sencillos que regulan el concepto, la legitimación, la hipoteca de parte indivisa que se clarifica en cuanto a la posibilidad de ejecutarla y a la inoponibilidad de la partición al acreedor que no presta consentimiento expreso.

Se suprime el pagaré hipotecario pues está regulado en forma más actualizada en la ley 24441.

Capítulo 3. Anticresis

La anticresis no sólo recae sobre inmuebles sino sobre todas las cosas registrables, es decir que se adicionan los muebles, cuya posesión se entrega al acreedor con posibilidad y para percibir los frutos imputándolos a la deuda. Así se incluye una garantía con desplazamiento respecto de muebles.

Tiene un breve plazo máximo de diez años para inmuebles y cinco para muebles, lo que hace que no dure toda la vida del bien, como suele suceder en este momento, aunque es poco lo que se la constituye en la práctica. La entrega abreviada sumada al

privilegio posibilitará mayor agilidad, ya que permitirá un tiempo para usar la cosa y percibir frutos, y si es insuficiente se ejecuta el objeto.

Capítulo 4. Prenda

Sección 1ª. Disposiciones generales

Se regula la prenda con desplazamiento, sea de créditos o de cosas muebles no registrables, se ofrecen pautas de oponibilidad y se incluyen las prendas sucesivas a favor de diversos acreedores con la posibilidad de incluir un pacto con la declaración de los acreedores formulada con precisión para sustraerse a los efectos de la regla de prioridad estableciendo otro orden de prelación.

Sección 2ª. Prenda de cosas

Se suprime la prenda tácita que es clandestina y la falta de conocimiento conspira contra su oponibilidad a terceros.

Se modifica la prenda anticrética, pues, en principio, si la cosa produce frutos naturales o civiles el acreedor debe percibirlos e imputarlos al crédito, siendo válido el pacto en contrario. En el Código Civil es facultativa la percepción.

Se regula con cierto detalle la ejecución de la cosa preñada

Sección 3ª. Prenda de créditos

La prenda de créditos, apenas incluida en el Código Civil para cuestiones menores, se establece como un instrumento de fomento de créditos importantes. El acreedor debe cobrar incluso judicialmente el crédito preñado o enajenar forzosamente la participación en un contrato con prestaciones recíprocas.

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 manutención 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 2. Defensas del derecho real

Se mantienen las tres acciones reales del Código Civil actual, también abreviadas en cuanto a los supuestos y casuística. Todos los derechos reales quedan protegidos, cada uno en su órbita.

Si se reconocen dos acciones posesorias por las dos lesiones posibles, parece inadecuado abolir esa distinción que hace el Código de Vélez para algo tan importante como las acciones reales. Y en cuanto a la servidumbre que no tiene una versión en materia posesoria pues no se ejerce por la posesión, como derecho real, que lo es, merece la subsistencia de la pertinente acción real: la confesoria.

Y se debe tener presente que el desconocimiento o la atribución indebida de derechos inherentes a la posesión (aparte de las servidumbres) también da lugar a las mismas situaciones que en consecuencia corresponde solucionar por vía de las acciones confesoria y negatoria. Estos derechos están dados por los límites al dominio.

Como aclara Vélez: *Para que podamos intentar la reivindicación, es preciso que se nos haya impedido enteramente usar de nuestra cosa, es decir, que seamos privados de*

la posesión. Todo ataque de una importancia menos grave, basta para darnos la acción negatoria. Comúnmente, semejante lesión proviene de que otro pretende tener un jus in re, particularmente una servidumbre sobre nuestra propiedad. Es por esto que las más veces se representa esta acción como destinada a hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado. Pero su uso es más general y puede ser intentada, toda vez que alguno nos impida obrar como propietario, en la extensión que el derecho nos permite, con tal que la lesión que sufrimos no sea demasiado grave para que podamos intentar la reivindicación. Este ataque puede estar dado por cualquier avance en materia de recepción de aguas, árboles invasivos, etcétera.

La acción de deslinde también se incluye, fuera de tal ámbito y para investigar y establecer los límites inciertos de terrenos colindantes. Si la pretensión es de invasión y no de duda, hay que acudir a las clásicas acciones reales.

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 sucesivos.

VIII) LIBRO QUINTO: “Transmisión de derechos por causa de muerte”

El texto propuesto está redactado sobre la base del Proyecto de 1998.

Toma partido en favor de la existencia de “herederos de cuota” y suprime la figura del legatario de cuota, que ha causado tantas dificultades. Incluye entre las personas que pueden suceder la nacida de la reproducción humana asistida post mortem que, de modo excepcional, acepta el Anteproyecto en materia de filiación.

Aclara que la responsabilidad del heredero es *intra vires* (con el valor de los bienes), con las excepciones que se disponen expresamente.

Introduce modificaciones a la redacción de las vigentes causales de indignidad sucesoria, en su caso, para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal e incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el régimen de la desheredación y, evitar, de este modo, una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas.

Se conservan las disposiciones vigentes sobre la oportunidad y la libertad de la aceptación y de la renuncia pero se dejan claras las consecuencias del silencio. Las normas proyectadas sobre transmisión del derecho de opción, efectos y nulidad de ésta llenan los vacíos del régimen vigente. Está prevista la acción subrogatoria ejercida por los acreedores del heredero que se abstiene de pronunciarse entre la aceptación y la renuncia, con efectos a favor de aquéllos que se hayan aceptado, y hasta la concurrencia del monto de sus acreencias.

Se enumeran los supuestos de comportamientos que implican aceptación, aceptación forzada, y los que no configuran aceptación.

Se adopta la solución del Código de Quebec y se proyecta que la aceptación por el representante legal de una persona incapaz o con capacidad restringida no obliga a éste *ultra vires*.

Se mantiene la regla de que la renuncia debe ser expresa y realizada por escritura pública, pero se acepta también el acta judicial siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento, en consonancia con lo dispuesto en materia de prueba de los actos jurídicos.

Se regula la cesión de herencia. Aunque se trata de un contrato, se entiende, por razones prácticas, que no es metodológicamente incorrecto incluirlo entre las normas que regulan el derecho de sucesiones. Se aclaran cuestiones que han merecido posiciones encontradas en la doctrina, precisamente por falta de regulación legal, tales como, el momento a partir del cual produce efectos entre los contratantes, los otros herederos y los deudores de un crédito de la herencia; se establece con claridad qué queda comprendido y qué excluido dentro del contrato a falta de previsión en contrario; se regula la garantía por evicción según la cesión sea a título gratuito u oneroso; se aclara que las previsiones legales rigen también para el supuesto de que el cónyuge supérstite ceda su parte en la indivisión postcomunitaria causada por la muerte, aunque en definitiva éste no sea heredero porque todos los bienes son gananciales; en cambio, no rigen para el supuesto de que no se contrate sobre la indivisión, sino sobre bienes determinados.

Conforme con la mayoría de la doctrina, la petición de herencia se limita a la discusión del carácter de heredero, excluyendo el supuesto de la acción contra el mero poseedor, contra quien el heredero tiene las acciones de las que gozaba el causante.

Se incluye una fórmula clara sobre la imprescriptibilidad de la acción petitoria y su relación con la usucapión de las cosas particulares.

Se mantiene el principio de la separación de patrimonios y se prevén distintos supuestos de responsabilidad, del heredero único, de la pluralidad de herederos y de los legatarios, incluido el de una universalidad de bienes y deudas, reuniéndose en un solo texto los distintos casos en que el heredero no goza de esa separación.

Se prevé la intervención de los acreedores en la apertura y proceso sucesorio de modo análogo al que lo hacen algunos códigos procesales; los acreedores pueden solicitar a los herederos que sus acreencias sean reconocidas de legítimo abono y tienen el derecho, ya dispuesto en la legislación vigente, a que no se entreguen las porciones hereditarias, ni los legados antes de haber sido satisfechos.

Se regula expresamente el estado de indivisión, cubriéndose las carencias de la legislación vigente para la etapa que va desde la muerte del causante hasta la partición. Comprende dos Capítulos, el primero dedicado a la administración extrajudicial, considerando los actos conservatorios, los de administración, los de disposición, algunos supuestos particulares, y las cuestiones sobre uso y goce de los bienes, el caso de los frutos y rentas y los derechos y deberes del administrador.

Sobre la base de la ley 14.394, se regula la indivisión forzosa impuesta por el testador y por pacto de los copartícipes; también se prevén casos de oposición por el cónyuge a que se incluyan en la partición determinados bienes. Bajo las mismas condiciones, se incorpora el derecho del heredero a oponerse a la división del establecimiento que constituye una unidad económica si, antes de la muerte del causante, ha participado activamente en su explotación, pero esta facultad no se extiende a la vivienda. Se aclaran los efectos de estas indivisiones respecto de los terceros acreedores. También se precisan los casos en que el resto de los copartícipes pueden solicitar el cese de la indivisión.

Un Título se destina a reglar el proceso sucesorio. Se fija el objeto y la competencia. Se distingue la investidura de pleno derecho correspondiente a descendientes, ascendientes y cónyuge, y la investidura conferida por los jueces, eliminándose la expresión "posesión hereditaria", que tanta polémica ha generado. Se regla el trámite a seguir si el causante ha testado por acto público o por testamento ológrafo cuando se trata de sucesión intestada. Se prevé que los herederos designados en el testamento aprobado o en la declaratoria tienen la libre disposición de los bienes de la herencia, pero que, a los fines de la transferencia de los bienes registrables, su investidura debe ser reconocida mediante la declaratoria judicial de herederos, a los fines del cumplimiento del tracto abreviado previsto en la legislación registral.

Se autoriza la substitución del inventario judicial por la denuncia de bienes por voluntad unánime de los herederos, excepto disposición legal en contra o que el inventario haya sido pedido por los acreedores.

Se prevén normas sobre designación, derechos, deberes y funciones del administrador judicial y cómo debe proceder al pago de deudas y legados en los casos de sucesión manifiestamente solvente, teniendo en cuenta su exigibilidad y el orden de los privilegios, que conforme se dispone en el Título correspondiente, se rigen por la ley concursal.

Se legisla sobre el tiempo para pedir la partición, la legitimación respectiva, el caso de los herederos condicionales o a plazo y la partición parcial. También sobre la acción de partición en los aspectos de competencia, prescripción, y modos de llevarla a cabo, abarcando la partición privada, la provisional, la judicial, el valor de los bienes, el partidor, el principio de partición en especie, la prohibición de la partición antieconómica, la composición de la masa, el supuesto de títulos, objetos y documentos comunes, etcétera.

Siguiendo el derecho francés, se establecen casos de atribución preferencial; sin perjuicio de esa atribución, se regula el derecho de habitación viudal en términos más amplios que los del artículo 3573 bis del Código Civil vigente, en consonancia con la protección constitucional de la vivienda, que también surge implícita de otras disposiciones del Anteproyecto.

Reinstala figura de la licitación suprimida por la ley 17.711, por considerarla útil para los intereses de los coherederos.

La colación de las donaciones experimenta varias modificaciones a fin de eliminar discusiones doctrinales y soluciones jurisprudenciales discrepante. Aunque algunos puntos redactados por Vélez Sarsfield fueron aclarados por la ley de Fe de Erratas, la situación del cónyuge continuó generando diversas opiniones. Se sigue a Bibiloni y al Anteproyecto de 1954 incluyendo al cónyuge entre los obligados a colacionar, solución coherente con la supresión en el presente Anteproyecto de la prohibición de donar entre cónyuges. Además, a fin de superar la contradicción existente entre los actuales artículos 1805, segunda parte, y 3484, se propone admitir la dispensa de colación no solo en el testamento sino también en el acto de la donación, siguiendo al Código francés. Por otro lado, se modifica la solución dada por la ley 17.711 en el artículo 3477, y se dispone que el valor se determina a la época de la partición, pero según el estado del bien a la época de la donación. Esta propuesta guarda correspondencia con la legislación francesa vigente.

Se proyecta solucionar un problema oscuro en la doctrina nacional: el de si las donaciones que exceden la suma de la porción disponible y la porción legítima del donatario están sujetas a reducción o si sólo se debe el valor del excedente a modo de colación. Se ha estimado preferible la solución según la cual, aunque haya dispensa de colación o mejora, esa donación está sujeta a reducción por el valor del exceso.

Respecto del heredero renunciante se mantiene el derecho vigente.

Si se trata de donatario-descendiente, no se modifica la solución tradicional. Si el donatario es el cónyuge, se resuelve expresamente que no debe colación cuando la donación se realizó antes del matrimonio.

La inclusión de un precepto relativo a los beneficios hechos al heredero obligado a colacionar tiende a superar las discrepancias causadas por ciertos actos que benefician al heredero sin tratarse de donaciones, como el comodato de un inmueble fructífero o la asociación con el causante que supera las ventajas que derivarían de su aporte social. Se hace expresa exclusión del fideicomiso constituido en favor de una persona incapaz o con capacidad restringida.

Respecto de los beneficios excluidos de la colación, se introducen modificaciones parciales en el contenido actual del artículo 3480 tratando de eliminar dudas interpretativas y de establecer soluciones razonables.

La solución propuesta respecto del caso fortuito proviene del Código de Quebec, y la relativa a los frutos está de acuerdo con la doctrina nacional mayoritaria.

La colación en valores mediante computación e imputación ha sido siempre el modo de colacionar en nuestro derecho. La norma proyectada se limita a expresarlo explícitamente.

Se conserva el texto del actual artículo 3503 del Código Civil referido a los efectos de la partición precediéndola de una definición doctrinal pero justificada aún en un Código: la de que la partición es declarativa y no traslativa de derechos. Las disposiciones introducidas explicitan que los mismos efectos de la partición tienen otros actos que hayan hecho cesar la indivisión totalmente o de manera parcial con respecto a ciertos bienes o ciertos herederos.

La obligación de saneamiento sigue el esquema básico del Código vigente.

La nulidad de la partición se remite a la de los actos jurídicos. Hay derecho a solicitar una partición complementaria o rectificativa o la atribución de un complemento, previéndose también otros casos de acción de complemento y los casos en que estas

acciones no son admitidas. La normativa propuesta responde a planteos judiciales frecuentes.

Se consideró conveniente conservar la partición por los ascendientes, ordenando los contenidos en una parte de disposiciones generales y el tratamiento por separado de la partición por donación y la partición por testamento.

Se clarifica la situación de las personas casadas bajo el régimen de comunidad, proponiendo que la partición por ascendientes sólo pueda tener por objeto los bienes propios, ya que la de los gananciales significaría una partición anticipada de la comunidad. Pero nada obsta a que puedan ser donados los gananciales requiriéndose el concurso de la voluntad de los dos cónyuges. No es aceptable la partición de los gananciales por testamento al encontrarse prohibido el testamento conjunto.

Se consideró razonable que la partición pueda ser parcial aplicándose a los excluidos el régimen sucesorio general.

Se admite la partición por donación hecha por actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos, lo que simplifica la práctica de la figura.

Se propone un amplio espectro de derechos transmisibles.

El Título de las sucesiones intentadas tiene también algunas modificaciones. El llamamiento hereditario conserva los lineamientos del Código, y las reformas operadas por la ley 23.264 y este Anteproyecto en materia de filiación.

Se mantiene el principio tradicional de no atenderse al origen de los bienes.

Se innova respecto de la adopción simple desde que el descendiente adoptivo es tratado como cualquier descendiente, cualquiera sea el origen de la filiación. La distinción entre adopción simple y plena se reserva para la sucesión de los ascendientes; se consideró conveniente no incorporar en el régimen sucesorio las variantes que el juez puede establecer en su sentencia, sea la adopción simple o plena, para no alterar, por voluntad judicial, un régimen sucesorio que tiene base en la ley. Se dispone expresamente que las exclusiones dispuestas para los ascendientes no operan si quedaran bienes vacantes.

Se mantiene la distinción de bienes propios y bienes gananciales cuando el cónyuge concurre con los descendientes, por considerar que la solución del Código Civil tiene fuerte arraigo social y debe ser mantenida.

Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda porque, además de los ataques a su constitucionalidad al distinguir según sea hombre o mujer, altera los

principios del derecho sucesorio y ocasiona un sinnúmero de dificultades interpretativas, especialmente después de la incorporación del matrimonio de personas del mismo sexo.

Se modifica la figura del matrimonio *in extremis*, muy analizada por la doctrina, para ajustarlo a los criterios más difundidos.

En general, las normas relativas a los casos de exclusión del cónyuge se adecúan a la eliminación de la separación personal y las causales del divorcio; también se modifica la causal de separación de hecho, en tanto la exclusión, como en el caso del divorcio, no tiene en cuenta la culpa sino el cese de la convivencia, que también pudo producirse por una decisión judicial (por ejemplo, en causas por violencia familiar, o en medidas provisionales en juicio de divorcio).

Las reglas sobre sucesión de los colaterales son ratificadas, con pequeñas variantes.

Tres normas disponen sobre la herencia vacante. La fuente de este articulado es el Anteproyecto de 1954.

El Anteproyecto disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción; responde, de este modo, a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante. Además, se amplía la porción disponible cuando existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país.

El cálculo del valor de los bienes donados se realiza, también con apoyo en el derecho francés vigente, sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Se dispone expresamente que para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio. De este modo, se prevé la posibilidad de que esos actos tengan lugar cuando ya se conoce la existencia de la persona por nacer.

Las donaciones al cónyuge se encuentran permitidas en los regímenes propuestos para sus relaciones patrimoniales teniéndose en consideración las efectuadas cuando ya donante y donatario son cónyuges.

Se mantienen las reglas de la inviolabilidad e irrenunciabilidad anticipada de la legítima, con la variante que se admite la constitución de un fideicomiso por el testador, en consonancia con las normas propuestas en materia contractual, pero siempre que no altere la legítima.

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.

Se simplifica la figura del tan comentado artículo 3604 vigente y se trata de solucionar las dificultades interpretativas que muestra la jurisprudencia.

En materia de sucesión testamentaria, el Anteproyecto intenta eliminar dudas interpretativas y simplificar los textos.

Las cuestiones relativas al goce de “perfecta razón” o “sano juicio” se regulan entre las causales de nulidad del testamento. No se prevén inhabilidades especiales para cada forma testamentaria al margen de lo que pudiera resultar de las previsiones sobre estos instrumentos, en su caso.

Se admite la validez del testamento otorgado por quien ha sido declarado judicialmente incapaz pero tiene discernimiento en el acto de testar, sea por remisión transitoria de su enfermedad, sea por curación de ella sin haber sido aún rehabilitado. También se prevé la privación de la razón sin interdicción, caso en el cual la carga de la prueba incumbe a quien alega dicha privación.

Se invierte la solución relativa a la condición y cargo prohibidos, en tanto no es razonable sancionar al beneficiario porque el testador impuso como condición o cargo un hecho imposible, ilegal o inmoral.

La preceptiva referida a la obligación de denunciar la existencia del testamento ha sido tomada del Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954.

Las reglas sobre formas de los testamentos no contienen modificaciones, sino más bien aclaraciones mediante una redacción más concisa.

La firma del testamento se rige por las normas generales.

El Anteproyecto no se aparta mayormente del derecho vigente en orden a la regulación del testamento por acto público. Reduce el número de testigos a dos, en lugar de tres.

Se suprime la forma testamentaria denominada “testamento cerrado” por carecer de uso en la práctica y por la complejidad de sus requisitos; otro tanto con los testamentos

especiales previstos por Vélez Sarsfield en los artículos 3672 a 3689 del Código Civil, que hoy no se justifican.

Se mantiene el derecho vigente respecto a la institución y sustitución de herederos y legatarios. Se incluyen normas sobre interpretación del legado a favor de simples asociaciones, la institución a los pobres, la institución a favor del alma del testador.

El derecho de acrecer está previsto en un solo artículo, con inclusión de todos los elementos necesarios para la aplicabilidad de la institución.

En general, en materia de legados, sólo se simplifican y sistematizan las normas vigentes.

Para el “legado de predio y edificación posterior”, ahora llamado “legado de inmueble”, se dispone, en modificación al sistema vigente, que comprende las mejoras existentes, cualquiera que sea la época en que hayan sido realizadas y que los terrenos adquiridos por el testador después de testar, que constituyan una ampliación del fundo legado, se deben al legatario siempre que no sean susceptibles de explotación independiente.

Las soluciones propuestas para el legado de un bien común son las más razonables para las dos subhipótesis consideradas, ya que se distingue el legado de bien en común con otro y el legado de bien que integra una masa patrimonial común a varias personas. Obsérvese que no se prevé el caso del legado de bien ganancial porque no se trata de cosa en común con otro.

El legado de alimentos es reformulado incluyéndose algunas variantes. La regla general, además de precisar la comprensión, extiende el legado hasta la mayoría de edad o la recuperación de la capacidad, formulándose luego la salvedad con respecto al legatario que llega a dicha mayoría sin haber logrado aptitud para procurarse los alimentos, en cuyo caso subsiste hasta que se encuentre en condiciones de hacerlo. Se prevé también el legado de alimentos a favor de una persona capaz, que opera como legado de prestación periódica en la medida dispuesta por el testador.

En general, se mantiene el régimen vigente respecto de la revocación por testamento posterior, aunque se propone volver al régimen del Código Civil y de la jurisprudencia anterior a la ley 17.711, porque se deja a salvo la voluntad del testador resultante de sus segundas disposiciones.

La normativa sobre la revocación del testamento por matrimonio posterior del testador, objeto de interesantes aportes doctrinales y jurisprudenciales, se resuelve con

mayor flexibilidad, previéndose como excepción el supuesto en que el instituido heredero es precisamente quien después sería cónyuge del testador.

La solución respecto a la revocación del legado por enajenación o transformación de la cosa, además del Código Civil (artículos 3838 a 3840), sigue al Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, que propuso un párrafo relativo al boleto de compraventa del objeto legado que determina la revocación de la liberalidad.

El Código vigente, el Anteproyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954 constituyen las fuentes de las normas sobre caducidad de la institución por premoriencia, por perecimiento y por transformación de la cosa legada.

Las formas de designación de albaceas, sus atribuciones, deberes, facultades y responsabilidad, las correlativas facultades de herederos y legatarios, la remuneración, el reembolso de gastos y la terminación del albaceazgo, han sido compendiadas en nueve artículos basados en el Código vigente, el Anteproyecto de Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Anteproyecto de 1954.

IX) LIBRO SEXTO: “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”

Título I: “Prescripción y caducidad”

1) Prescendencia de definición

El Anteproyecto, a diferencia del Código Civil vigente, no define la prescripción.

Tradicionalmente, se la ha definido como un modo de extinción de obligaciones, o bien, como una figura que priva al titular de una acción para solicitar su tutela jurisdiccional. La primera ha sido objeto de críticas, en razón de la subsistencia de ciertos efectos respecto de obligaciones prescriptas; la segunda utiliza el término “acción” en una concepción que no se corresponde con el significado que la doctrina procesal asigna a esta palabra en nuestros días.

Asimismo, el hecho de que la prescripción se proyecte a situaciones que exceden el ámbito de los derechos personales y reales, abarcando situaciones que comprometen actos en general (acción de nulidad, por ejemplo) revela la imprecisión en la que recaen las definiciones técnicas de la prescripción.

Por otro lado, más allá de una definición técnica, la noción generalizada del instituto es clara y sus efectos pueden ser regulados sin generar dificultades.

Estas circunstancias, sumadas a la conveniencia de evitar definiciones legales que en vez de clarificar y facilitar la interpretación generan dificultades, han inclinado a los autores del Anteproyecto a omitir una definición general.

2) Inclusión de disposiciones comunes

Las distintas manifestaciones de la prescripción presentan un mecanismo común que justifica la inclusión de normas que tienen vocación aplicativa general. En ese sentido, se ordena metodológicamente el régimen respecto del carácter imperativo de las normas que la regulan, su aplicación universal en relación a las personas –como regla general- y la disponibilidad de la prescripción ya cumplida con efecto limitado a quien renuncia a invocarla.

Se incluye en este Capítulo una norma de carácter abierto que prevé la modificación ulterior de plazos que regula la solución de situaciones sometidas al régimen de prescripción. La solución, que mantiene el sistema en vigencia, armoniza la finalidad de la modificación que se produzca (otorgamiento de seguridad jurídica a ciertas relaciones mediante acortamiento de los plazos aplicables) y la situación de quien podría verse sorprendido por ese acortamiento.

3) Suspensión de la prescripción

En general, las causas de suspensión prevén circunstancias personales de los interesados que justifican la paralización del cómputo de su curso. Por eso, se dispone expresamente que, como regla, esa paralización aprovecha únicamente a los sujetos respecto de quienes se produce la situación que le da motivo. La excepción prevista a esta limitación subjetiva de los efectos paralizantes tiene su justificación en el régimen particular de las obligaciones solidarias y en la naturaleza propia de la prestación en los casos de obligaciones indivisibles.

Otras causas de suspensión se refieren a motivos diferentes, como la suspensión por interpelación. La reforma de la ley 17.771 incorporó como un hecho que afecta el curso de la prescripción la interpelación que efectúe el acreedor a su deudor intimando el pago de la obligación. Originariamente, esta incorporación otorgó efectos interruptivos a ese hecho y de allí su ubicación en el Código Civil vigente. Ese efecto interruptivo fue modificado por la ley 17.940 que, sin acomodar metodológicamente la norma, dispuso reconocerlo como una causa de suspensión.

Este Anteproyecto ordena esta situación mediante la ubicación metodológica correcta de la solución, manteniendo el efecto suspensivo, desde que no se ha considerado necesario modificar el régimen, que sólo abrevia el plazo de duración.

La redacción que se imprime a esta norma incorpora al texto legal la interpretación que a la locución “constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica” ha brindado la jurisprudencia y doctrina, superadora de las inconsistencias que la terminología presenta respecto del régimen de la mora y otorgando vocación aplicativa de la causal a la prescripción adquisitiva.

Se ha considerado conveniente mantener la limitación de la duración de los efectos suspensivos a un máximo que está dado por el plazo de prescripción previsto para la acción, desde que en los casos en que éste resulta menor, la causal produciría una extensión de la incerteza de la relación que contrariaría la finalidad del legislador. Si bien en este Anteproyecto no se consignan plazos de prescripción menores a seis meses, el mantenimiento de la limitación resulta previsor de futuras decisiones legislativas que sí lo hagan y evita la necesidad de adaptar el texto de este artículo en esa eventualidad.

Se regula entre las causas de suspensión de la prescripción la solicitud de mediación, causal que fuera incorporada mediante ley 24.573. Este Anteproyecto simplifica el momento inicial del efecto suspensivo.

El Anteproyecto elimina, como caso especial de suspensión de la prescripción, la querrela penal, desde que la independencia de la persecución punitiva estatal de la pretensión privada indemnizatoria sumado a la existencia de vías para ejercer esta última –posibilidad de interponer la pretensión en sede penal o de iniciar el proceso en sede civil- revelan que no se justifica la paralización del curso del plazo de prescripción.

4) Interrupción de la prescripción

El Anteproyecto conserva las causales de interrupción del curso de la prescripción adecuando el texto legal a la evolución que la cuestión ha sufrido a nivel jurisprudencial y doctrinal.

La interrupción por “demanda” prevista en el Código vigente ha suscitado diversas posiciones respecto del alcance que a ese vocablo debe reconocerse. Es claro el carácter mayoritario que ha alcanzado la posición que reconoce que toda petición ante la jurisdicción, dirigida contra el deudor o poseedor –o su representante- que exteriorice en forma clara la voluntad de no abandonar el derecho que se trate por parte de su titular y, en este sentido, se ha regulado la causal, comprendiendo diversos supuestos que no

configuran “demanda” en sentido técnico-procesal pero que revelan la actitud del interesado de perseguir la tutela jurisdiccional. Se mantiene como requisito el “no abandono del proceso instaurado” teniendo por no ocurrida la interrupción en caso de desistimiento del proceso o de declaración de caducidad de la instancia. El Anteproyecto prescinde de incluir a la “absolución definitiva del demandado” entre estas vicisitudes, desde que la existencia de cosa juzgada material brinda la excepción causada por esa calidad en caso de existir una pretensión ulterior por la misma causa y entre los mismos sujetos, por lo que se torna irrelevante e imprecisa técnicamente brindar la posibilidad de discutir la prescripción de una cuestión que ya fue resuelta definitivamente.

Se mantiene igualmente el efecto interruptivo de las peticiones efectuadas ante juez incompetente, realizadas por personas incapaces de hecho o que ostentan defectos formales, sin perjuicio de lo que dispongan los ordenamientos procesales locales respecto del trámite ulterior que merezcan estas situaciones a los fines de su subsanación. El Anteproyecto resuelve la situación de que la petición se efectúe en el plazo de gracia que los ordenamientos procesales prevén, a fin de eliminar la discordancia en la regulación de la cuestión entre la norma de fondo y la local procesal. Se establece la solución en el sentido en el que la jurisprudencia mayoritaria ha resuelto la situación.

En la misma tesitura, se ha incorporado el reclamo administrativo como causal de interrupción cuando su trámite resulta una exigencia del ordenamiento.

El Anteproyecto considera asimilable la solicitud de arbitraje, brindando efecto interruptivo a este hecho, que se presenta como un medio de solución de conflictos alternativo a la tutela jurisdiccional.

Se prevé la duración de los efectos interruptivos, de gran importancia para la determinación del reinicio del curso del plazo y que ha generado algunas discusiones que ponen en crisis la consecución de su fundamento, la seguridad jurídica.

5) Dispensa de la prescripción

Se ha considerado conveniente extender el plazo para solicitar la dispensa de la prescripción a seis meses.

6) Disposiciones procesales relativas a la prescripción

El Anteproyecto recoge la alternativa de solicitar la declaración de la prescripción por vía de acción declarativa, adecuando la redacción del Código vigente, que sólo prevé su articulación mediante excepción.

Respecto de la oportunidad procesal para invocarla, se ha redactado la norma en atención a la interpretación mayoritaria de la disposición del vigente artículo 3962, distinguiendo la situación del demandado y la de los terceros interesados en su oposición. Asimismo, se regula la alternativa de que se trate de un proceso de ejecución en atención a su trámite específico.

7) Prescripción liberatoria

El cómputo del plazo de prescripción ha merecido diversas normas que se dirigen a regular su momento inicial. Se regula el principio general de la exigibilidad y se prevén diversas hipótesis que requieren atención especial por sus características particulares.

8) Plazos de prescripción

El Anteproyecto ha seguido la metodología del Código Civil vigente, estableciendo un plazo de prescripción genérico y regulando casos específicos. En todos los casos se ha procurado la actualización de los plazos regulados, intentando la unificación y la reducción en cuanto resulta conveniente y ajustado al valor seguridad jurídica y a la realidad actual.

9) Caducidad de los derechos

La caducidad de los derechos ha sido ubicada metodológicamente con posterioridad a la prescripción y se han regulado expresamente sus diferencias e interrelación. Se incorporan normas que protegen la igualdad de las partes en este aspecto y otras que impiden la frustración del régimen de prescripción mediante convenios de caducidad.

Título II: “Privilegios”

El desorden que reina en la materia de los privilegios es conocido. Las dos leyes fundamentales que la regulan son el Código Civil y la Ley de Concursos. Pero existen otros ordenamientos que la involucran, como la Ley de la Navegación, el Código Aeronáutico, el Código de Minería, el Código Penal, la Ley de Entidades Financieras, la Ley de Contrato de Trabajo, además de otras leyes que contemplan ciertos privilegios en

forma aislada (v. gr., leyes fiscales, leyes sobre prenda con registro, warrants, debentures, propiedad horizontal, etcétera).

Todos estos ordenamientos no siempre guardan armonía entre sí, de manera que, a fin de dilucidar los conflictos entre acreedores, el operador jurídico suele encontrarse enfrentado a situaciones de complejísima solución.

El Código Civil no es ciertamente diáfano, y la Ley de Concursos 24.522, si bien asume un criterio de mayor claridad y pretende ser un sistema cerrado, sólo resulta aplicable en materia de concursos pero no en supuestos de ejecuciones individuales, para las cuales rige, como regla, el Código Civil.

Por eso, desde antiguo, se ha propiciado no sólo la simplificación (reducción del número de privilegios y adopción de reglas nítidas para determinar el rango de cada uno) sino también la unificación.

El supremo arquetipo sería la unificación de los privilegios en un solo régimen legal, aplicable tanto a las ejecuciones individuales como a los procesos universales, pues la unificación hace a la seguridad jurídica, ya que el privilegio de un determinado crédito no puede variar en mérito a la situación del deudor o porque concurra o no con otros privilegios.

Sin embargo, de conformidad con la labor encomendada a esta Comisión, no le corresponde ocuparse de la Ley de Concursos, ni de la de Seguros, ni de la de Navegación, ni de otros temas contenidos en leyes o regímenes especiales completos o cerrados.

A los fines de encaminarse a la anhelada unificación, se ha partido del régimen de privilegios regulado en la Ley de Concursos, aun en la regulación de los créditos laborales, y sobre él se ha moldeado el destinado a las ejecuciones individuales, contemplando las debidas particularidades. Con este punto de partida, se recepta la doctrina y jurisprudencia dominante de que los privilegios generales se ejercen sólo en los procesos colectivos; por lo tanto, el Anteproyecto regula sólo los privilegios especiales. Los generales rigen sólo en los procesos universales, haya o no insolvencia; en definitiva, si el proceso es universal (también en el caso del proceso sucesorio), rige la ley concursal y no el Código Civil. La unificación en materia de privilegios especiales supone la eliminación de algunos que hoy contiene el Código Civil y que han desaparecido de la ley concursal, como son el del vendedor de inmuebles y el del locador.

El Anteproyecto define el privilegio, mejorando la fórmula del Código Civil vigente. Insiste en el origen legal, la indivisibilidad, el carácter renunciante (excepto en el caso de

los créditos laborales) y el juego de la autonomía de la voluntad en cuanto al rango, similar a lo que acontece con las garantías reales.

Aclara algunos aspectos controvertidos, como son los vinculados al asiento, la subrogación real, la transmisibilidad, el carácter restrictivo (no extiende el privilegio ni a los intereses ni a las costas, excepto disposición en contrario) y, fundamentalmente, establece normas claras y sencillas sobre el rango que corresponde a cada crédito cuando entra en conflicto con otros. En este sentido, incorpora la noción de reserva de gastos, contenida en la Ley de Concursos y manejada cotidianamente por la jurisprudencia, que Vélez Sarsfield intuyó en la nota al artículo 3879 del Código Civil.

Título III: “Derecho de retención”

El Anteproyecto sigue al Código Civil vigente y proporciona las reglas generales del ejercicio del derecho de retención; de este modo, evita la repetición de estas normas en cada una de las situaciones a las que este derecho se aplica. No define la figura sino que fija sus requisitos, quiénes están legitimados y sus efectos.

Se dispone expresamente que el ejercicio de la retención no requiere autorización judicial ni manifestación alguna del retenedor. Esta disposición se justifica en el carácter principalmente fáctico que se atribuye al instituto.

Se enumeran las facultades y obligaciones del retenedor; en este aspecto, y dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, se lo autoriza legalmente a percibir un canon por el depósito de la cosa con posterioridad a haber sido intimado; también a percibir los frutos naturales de la cosa retenida e imputarlos al pago de la deuda, pero no está obligado a hacerlo.

Se regulan los efectos de la indivisibilidad del ejercicio con criterio similar a los derechos reales de garantía. Se conserva el principio de que la retención no impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida pero se aclara que, en estos casos, su derecho se traslada al precio. La solución se justifica –aun en el caso de que la ejecución sea promovida por el propio retenedor- por la circunstancia de que, en el Título respectivo, se concede al retenedor un privilegio especial, idéntico al previsto en la ley de concursos, de modo que el retenedor no resulta perjudicado. Lo contrario convertiría a la retención en un derecho exorbitante, que podría conducir a que perdurara indefinidamente y a la inmovilización del bien retenido, solución antieconómica e inclusive ilógica y contraria a la equidad.

Si el retenedor ha sido declarado en situación de insolvencia, se aplica la legislación concursal.

Se regulan los casos en los que se extingue la retención y se determina, entre los efectos, que la prescripción se interrumpe continuamente por el ejercicio del derecho de retención pues, tolerado por el deudor, implica un reconocimiento de la deuda.

Título IV: “Disposiciones de derecho internacional privado”

Las normas de derecho internacional privado constituyen un sistema destinado a favorecer la coordinación entre el ordenamiento argentino y los sistemas jurídicos de los demás Estados con los cuales se vinculan las situaciones privadas internacionales, cada vez más complejas en una realidad intensamente comunicada e interconectada. A pesar de la evolución constante de esta rama del derecho, los Estados de la región se encuentran en un proceso de codificación –ya sea con leyes aprobadas o proyectos en estudio- con el propósito de incrementar la previsibilidad y la estabilidad de las relaciones de derecho privado. Frente a diversas opciones legislativas, se proponen soluciones que resultan familiares a la República Argentina, por plasmar consensos alcanzados gracias a una fluida trama de convenciones internacionales aquí vigentes.

En atención a la complejidad intrínseca de las controversias vinculadas a más de un derecho –por los sujetos implicados, por el despliegue de las conductas, por la ubicación de los bienes, etcétera- se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos.

Se han aprovechado las soluciones consagradas en la República Argentina y se han incorporando los aportes que brindan las modernas legislaciones sobre la materia (Código Civil de Quebec de 1994, Libro X; Código de Derecho Internacional Privado, Bélgica; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza, Ley italiana de Derecho Internacional Privado, 1995; Acta Introdutoria del Código Civil alemán, 2009; Código Civil del Perú; Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay; Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, 1998, Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado, México, entre otros). Se han ponderado los instrumentos surgidos de otras fuentes, tanto tratados (Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940, Código de Bustamante de Derecho Internacional Privado, de 1928), como convenciones, vigentes en Argentina o no, emanadas de organizaciones internacionales. Se han considerado también, las insoslayables propuestas de los foros

de codificación, tanto universal (Conferencia de La Haya - Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Comercio Internacional [UNCITRAL o CNUDMI]), como continental (Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado [CIDIP]) o regional (Mercosur, Unión Europea).

Se han tenido presentes las soluciones jurisprudenciales y las reflexiones de la autorizada doctrina que enriquece día a día la materia; también, y muy especialmente, el *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003*, pues en buena parte recoge las reformas anteriores, sin obviar el Proyecto Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado y el Proyecto de Reformas al Código Civil (Comisión Decreto 468/92), entre otros valiosos esfuerzos.

Indudablemente, las soluciones aportadas están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Se han abordado en forma breve pero necesaria ciertos aspectos de los llamados “problemas generales de la disciplina”, que fijan el espíritu y las bases del sistema: modernas tendencias y practicidad en la aplicación del derecho extranjero, voluntad de coordinar sistemas en la aceptación del reenvío como principio general, moralización de las conductas por la sanción del fraude a la ley y búsqueda de equilibrio entre la autonomía de la voluntad y las normas y principios que expresan valores irrenunciables del orden jurídico.

Se ha considerado conveniente no introducir una regulación para el problema de las “calificaciones” pues se trata de un tópico en el que es preferible dejar que la ciencia del derecho internacional privado continúe su evolución, sin obligar a los jueces a razonar conforme a criterios abstractos.

El derecho internacional privado actual no puede prescindir de una localización jurisdiccional de los conflictos, motivo que ha llevado a prever ciertas normas de jurisdicción internacional. Este sector es de naturaleza federal – tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - pues delimita el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros. Esta problemática es abordada en general, enunciando los institutos fundamentales de la materia, y en particular, al tratar cada uno de los sectores especiales.

En cuanto a los primeros, se regula: la autonomía de la voluntad en la elección y en la prórroga de la jurisdicción, el foro de necesidad, la competencia para el dictado de medidas cautelares, el foro del domicilio del demandado, las jurisdicciones exclusivas, la

regulación de la litispendencia, la igualdad de trato en el acceso a la jurisdicción, la cooperación jurisdiccional y la asistencia procesal internacional.

Sólo de manera excepcional se ha alterado el principio de la aceptación de foros concurrentes y se ha dado la nota de exclusividad en la competencia de los jueces argentinos, con la consecuencia típica de impedir efectos en el foro de decisiones de tribunales extranjeros sobre ciertas materias bien definidas.

En materias disponibles se reserva un amplio margen para el juego de la autonomía de la voluntad que se plasma en la posibilidad de las partes de elegir el juez competente o de someter el conflicto a solución mediante la vía del arbitraje, sin desmedro de las situaciones que exigen la intervención exclusiva de los tribunales de la República Argentina.

El “foro de necesidad” consagra normativamente una solución creada por nuestros tribunales para evitar la denegación internacional de justicia y se establece como principio explícito el de la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral. Las reglas relativas a la igualdad de trato y a los principios de cooperación jurisdiccional y asistencia internacional, colocan a nuestra legislación de fuente interna en una línea de gran afinidad con el Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa.

Las normas de derecho internacional privado sobre ámbitos especiales comprenden: las personas humanas, las obligaciones alimentarias, las relaciones de familia (matrimonio, unión convivencial, filiación, responsabilidad parental y problemática sobre protección de niños y adolescentes), la situación de las personas incapaces, el derecho internacional privado de las sucesiones, los actos jurídicos, contratos en general y contratos de consumo, temas de responsabilidad civil, títulos valores, derechos reales y el instituto de la prescripción.

En todo lo atinente a la “persona humana”, su estado civil y emplazamiento familiar, es indudable el impacto de los derechos fundamentales, de su reconocimiento normativo y de la necesidad de favorecer su operatividad y ejercicio.

Siguiendo la tradición de nuestro sistema, las normas relativas a la capacidad y al nombre de la persona humana han mantenido la conexión del “domicilio” como centro de gravedad. Se han aprovechado las sabias soluciones del Código Civil argentino y las plasmadas en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003.

El derecho internacional privado del matrimonio ha seguido los lineamientos generales de la reforma del Código Civil introducida por la ley 23.515, que ha tenido

buena recepción en la doctrina y en la jurisprudencia. El ensanchamiento de la categoría “matrimonio” en la legislación de fuente interna de la República Argentina torna previsible la compatibilidad de nuestro ordenamiento jurídico con soluciones legislativas extranjeras.

Se ha mantenido el “lugar de celebración” del matrimonio como punto de conexión para regular la validez/nulidad del acto matrimonial así como también la prueba de la existencia del matrimonio, puesto que responde a la más arraigada tradición jurídica del derecho comparado en general. Asimismo, se ha mantenido la tradición argentina en el tratamiento de ciertos impedimentos dirimentes. En cuanto a los efectos del matrimonio, se ha conservado el “domicilio conyugal” como centro de gravedad para la designación del derecho aplicable, con la determinación del tiempo crítico en el “primer domicilio conyugal” para regular el régimen de bienes en el matrimonio; en este caso, se admite la facultad de los esposos de optar por el derecho argentino en el supuesto de “cambio de domicilio a la República”, en tanto la voluntad sea expresada por instrumento público y no afecte derechos de terceros, solución inspirada en los proyectos anteriores.

Frente a la realidad de nuevas formas familiares, se ha regulado la “unión convivencial”, tanto en los aspectos de jurisdicción internacional como de derecho aplicable.

La obligación alimentaria ha recibido el tratamiento de una categoría autónoma, con su específica localización, que responde a las modernas tendencias y encuentra su fundamento en el derecho de la persona humana a la satisfacción de sus necesidades más elementales.

La República Argentina ha carecido de normas de derecho internacional privado en la fuente interna sobre los problemas de filiación vinculados a más de un sistema jurídico. Los jueces se han esforzado en interpretar los artículos 20 a 22 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 de manera flexible y favorable a los derechos del hijo, con resultados dispares. Las soluciones propuestas en materia de “filiación” siguen la tendencia observada en las legislaciones extranjeras, decididamente favorable a abrir foros alternativos a elección de la parte actora y a regular las diversas acciones mediante normas de conflicto materialmente orientadas.

Se han distinguido dos categorías, a saber, el “establecimiento y la impugnación de la filiación” y el “acto de reconocimiento de hijo”, por entender que presentan suficiente particularidad en la configuración fáctica del supuesto como para justificar conexiones diferentes, todas ellas fundadas en el principio de proximidad. El resultado son normas flexibles, que prevén la elección por parte del actor en lo relativo al juez competente, entre

un abanico de posibilidades, y la elección por parte del juez en lo que concierne al derecho aplicable, con la orientación de preferir aquella ley "...que tuviere soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo".

En atención a que la realidad a regular es muy compleja, se ha preferido el punto de conexión "domicilio" –si bien junto con otras alternativas que buscan la mayor adecuación a la realidad fáctica del eventual supuesto- pues esa localización da mayor certeza en una problemática que comprende las consecuencias jurídicas de la concepción y del nacimiento de todo ser humano.

No se nos escapa que el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país.

Las acuciantes necesidades de la infancia en abandono han motivado la regulación de algunos aspectos de la adopción en el plano internacional. Se ha incluido una norma de jurisdicción argentina exclusiva para juzgar todo lo atinente a niños domiciliados en la República Argentina. La intervención de la autoridad judicial argentina asegura el respeto de la ley de fondo nacional y la interpretación por los jueces argentinos de la reserva que nuestro país formuló al artículo 21, incisos b, c, d y e de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto al derecho aplicable, la solución se asienta en la práctica de los estados de América Latina proclives a abrir la jurisdicción por el domicilio del candidato a ser adoptado y a aplicar la *lex fori*.

La propuesta pone el acento en la inserción de adopciones constituidas en el extranjero –internacionales o simplemente extranjeras- en la República Argentina. No se trata del mero reconocimiento en Argentina de sentencias extranjeras de adopción, sino de una regla que ensancha las posibilidades que actualmente ofrece la legislación. Se favorece la coordinación de nuestro sistema jurídico con los sistemas extranjeros pues se toma como ordenamiento de referencia el del "domicilio del adoptado" al tiempo del otorgamiento de la adopción, que comprende no sólo los emplazamientos constituidos en ese Estado, sino también toda solución que sea susceptible de ser reconocida en ese Estado.

Otra novedad consiste en la atribución de jurisdicción para las acciones de anulación o de revocación de una adopción, tanto a los jueces del "lugar de otorgamiento"

–solución tradicional recogida en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984- como a los jueces del “domicilio del adoptado”, foro que se ha revelado necesario en ciertas situaciones en que las autoridades competentes del centro de vida del niño advierten desvíos o vicios en la finalidad de la adopción.

El centro de gravedad en la materia “responsabilidad parental y otros institutos de protección” se ha fijado en la residencia habitual del niño, que es la tendencia recogida en las legislaciones nacionales a partir de la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto de la problemática de la restitución internacional de niños, se ha previsto extender los principios contenidos en las convenciones internacionales vigentes para la República Argentina a todos los supuestos que no entran en el ámbito de aplicación de tales tratados. Una de las premisas es regular explícitamente algunas conductas de cooperación que se han revelado eficaces para garantizar la seguridad de los niños en la etapa posterior a una orden judicial de restitución.

El tratamiento del derecho de las “sucesiones” con elementos extranjeros ha respetado las líneas de la jurisprudencia mayoritaria de nuestro país, tanto en cuanto al juez competente como al derecho aplicable. Se aplica, pues, el derecho del último domicilio del causante como regla general, con excepción del supuesto de bienes inmuebles situados en la República, a los que se aplica la ley argentina.

Se ha mantenido la regla que favorece la validez formal de los testamentos otorgados en el extranjero, así como también la regulación del testamento consular. En el supuesto excepcional de ausencia de herederos en caso de sucesión regida por un derecho extranjero, se ha introducido una norma inspirada en la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, que trata los derechos del Estado argentino, o de la ciudad autónoma o de la provincia donde los bienes están situados.

La regulación de los actos jurídicos comienza con un único artículo relativo a la “forma”, que recoge soluciones muy arraigadas del Código Civil, que aparecen, asimismo, en los proyectos de reforma a partir del Proyecto Werner Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado.

A continuación se regula lo atinente al derecho internacional privado contractual. Comprende jurisdicción internacional y derecho aplicable. Se consagra el principio de la autonomía de la voluntad, receptado en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la doctrina mayoritaria, en las soluciones adoptadas en el derecho comparado y en

convenciones de las que nuestro país forma parte (a excepción de los Tratados de Montevideo, instrumentos en los cuales, sin embargo y conforme se admite en la jurisprudencia mayoritaria, la autonomía encuentra una recepción indirecta).

Las soluciones propuestas cuentan con gran consenso en el derecho comparado, en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado argentino de 2003, en la jurisprudencia de nuestro país y en la doctrina argentina. El acuerdo válido de elección de juez se rige por los artículos 2605, 2606 y 2607 (Capítulo 2 del Título IV). En ausencia de acuerdo sobre el juez competente, se prevén jurisdicciones concurrentes a elección del actor, entre los tribunales del domicilio del demandado o los tribunales del lugar de cumplimiento “de cualquiera de las obligaciones contractuales” o los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que haya participado en la negociación o celebración del contrato. Se ha preferido la interpretación amplia del artículo 1215 del Código Civil actual, de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La elección de foro no supone la elección del derecho aplicable en ese país.

La autonomía de la voluntad debe manifestarse en forma expresa o “resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. Se admite el *dépéçage* por voluntad de las partes y la facultad de los contratantes de convenir posteriormente la aplicación de una ley distinta, en tanto no se afecte la validez del contrato o los derechos de terceros. Cuando se ejerce la autonomía de la voluntad, se descarta la consideración del derecho internacional privado del país del derecho elegido (exclusión del “reenvío”), de conformidad con el consenso general en materia contractual.

Según la práctica frecuente en la realidad argentina, se admite expresamente el ejercicio de la autonomía en su despliegue material, facultando a las partes a crear disposiciones contractuales que desplacen las normas coactivas del derecho elegido. También son aplicables los usos y prácticas comerciales, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, cuando las partes los han incorporado al contrato. Esta regla integra a la autonomía material de la voluntad, la tendencia contemporánea a regir el contrato por principios o normas del llamado “derecho blando” (*soft law*), elaborado en el seno de organizaciones intergubernamentales.

En cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad, se hace especial referencia a los principios de orden público y a las “normas de policía” –llamadas también normas internacionalmente imperativas o normas de aplicación inmediata, según las Disposiciones generales- tanto del foro como de terceros Estados que guardan una

relación económica preponderante con el caso. Las distinciones entre diferentes categorías de normas internacionalmente imperativas extranjeras –según los vínculos económicos del caso con el Estado que las ha dictado- son conformes a los consensos doctrinales en nuestro medio. Asimismo, se ha mantenido el principio de ineficacia de contratos hechos para violar normas internacionalmente imperativas de un Estado extranjero “de necesaria aplicación al caso”, regla que siempre ha sido considerada como un valioso estándar moral del Código Civil de Vélez Sarsfield.

En cuanto al sistema que ha de regir el contrato en defecto del ejercicio por las partes de la facultad de elegir el derecho aplicable, nuestra propuesta se inclina por una de las posibles opciones legislativas que refleja el principio de la búsqueda del derecho con el cual la relación tiene vínculos estrechos. Se ha preferido las leyes y usos del país del “lugar de cumplimiento”, entendiéndose por tal, si no está designado o no resultare de la naturaleza de la relación, “el domicilio actual del deudor obligado a cumplir la prestación más característica del contrato”. Se ha dado preferencia, pues, a la tradición jurisprudencial argentina, formada bajo la inspiración de la Convención de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, frente a otras opciones propias de los sistemas anglosajones, que no tuvieron buena recepción en nuestro medio por su excesiva flexibilidad.

En esta Sección se incorpora una cláusula escapatoria que consagra, en la específica materia contractual, el principio general contenido en las Disposiciones generales. Las facultades excepcionales que se atribuyen al juez están fundadas en el principio de proximidad y dan flexibilidad al sistema de derecho internacional privado contractual.

En cuanto a las categorías de contratos especiales, la propuesta se limita a “contratos de consumo” por representar el punto de inflexión del principio de la autonomía de la voluntad debido a la presencia de una parte contratante débil que requiere la tutela del ordenamiento jurídico.

Respecto de otras categorías contractuales, se ha concluido que es preferible dejar en manos del juez la concreta adaptación de las normas generales a las particularidades concretas del caso.

En el contrato de consumo no se admiten los acuerdos de elección de foro y tampoco se acepta el ejercicio de la autonomía de la voluntad en cuanto al derecho aplicable. Se ha previsto un abanico de foros disponibles, todos ellos razonablemente previsibles, a favor del consumidor actor. En cambio, la demanda contra el consumidor

sólo puede ser llevada ante los jueces de su domicilio. En cuanto al derecho aplicable, la propuesta sigue soluciones que gozan de consenso en numerosas fuentes, con una clara orientación material a favor de la parte débil, pero sin descuidar la previsibilidad que garantiza el derecho de defensa del cocontratante del consumidor.

Se suprime el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia.

La siguiente Sección contempla las reglas aplicables a la "responsabilidad civil". En punto a la jurisdicción competente se ha optado por atribuirle, a opción del demandante, a los tribunales del domicilio del demandado o a los tribunales del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos, abriendo un espectro de foros con proximidad justificada con los hechos del caso o con la comisión del hecho ilícito.

Respecto de derecho aplicable, se ha optado por el criterio actualmente prevaleciente en el derecho comparado, que asigna la mayor relevancia como contacto determinante, al derecho del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Sin embargo, siguiendo una línea flexible inaugurada por la jurisprudencia y receptada legislativamente, se admite también que si la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tuviesen su domicilio en el mismo país, se aplique el derecho de dicho país.

Se ha incluido el tratamiento de los títulos valores y el cheque.

En la materia se han tenido como fuentes la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (CIDIP I), Panamá, 1975, los Tratados de Montevideo, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 y el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, Uruguay, cuyas soluciones razonables representan el pensamiento actual de los países americanos. Así, en materia de jurisdicción se acepta como criterio atributivo de jurisdicción el lugar donde la obligación deba cumplirse o el del domicilio del demandado, a opción del actor. En relación con el derecho aplicable se adopta el principio de autonomía de las obligaciones cambiarias, pero armonizando ciertas soluciones con el principio de la unidad.

En relación al cheque se ha admitido la regla del artículo 33 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques (CIDIP II), Montevideo, 1979; el Proyecto de

Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que someten a un mismo derecho todo lo relativo al término de presentación, a los tipos de cheques, los derechos del tenedor y girado y la necesidad del protesto u otros actos equivalentes se regulan por la ley del Estado donde el cheque debe pagarse, solución que coincide con las previsiones de nuestro derecho interno (artículo 3, ley 24.452, modificada por ley 24.769). En materia de jurisdicción hemos seguido la doctrina judicial que faculta al tenedor del cheque para ejecutarlo ante el domicilio del demandado si se domicilia en la República.

En materia de “derechos reales” y siguiendo una regla universalmente aceptada, la calificación del inmueble se sujeta al derecho del país de la situación del bien. En materia de jurisdicción también se mantiene la solución según la cual son competentes los tribunales del Estado de situación del inmueble para entender en las acciones reales sobre dichos bienes. Se ha efectuado una distinción entre acciones reales sobre bienes registrables y sobre bienes no registrables, sometiendo las primeras a los tribunales del Estado de registro, y las segundas a los foros concurrentes del domicilio del demandado o del lugar de situación de los bienes no registrables.

Respecto del derecho aplicable, se ha mantenido la clasificación de bienes seguida en el Código Civil actual, que responde a nuestra cultura jurídica y a la doctrina asentada en la República, si bien significa un apartamiento –en la fuente interna- de las soluciones de fraccionamiento puro adoptadas en los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940.

Finalmente, la última norma proyectada trata del instituto de la prescripción. En todas sus variantes, la prescripción se somete a la ley que rige la sustancia del litigio. La solución responde a las normas contenidas en ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, las que, fuera del ámbito propio de aplicación de dichos instrumentos, han inspirado las soluciones de nuestros tribunales.

X) REFORMAS AL TEXTO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Es una decisión de política legislativa no modificar las leyes que presentan una autonomía de microsistema, como se ha explicado al inicio. Sin embargo, es necesario hacer modificaciones a la ley de sociedades, conforme lo hizo el Proyecto de 1998 y lo sostiene la mayoría de la doctrina. Estas reformas no pretenden alterar el sistema, sino ajustarlo a las reglas generales del Código y se refieren a temas específicos.

La Comisión y los importantes juristas que han trabajado en el tema consideraron y discutieron varias cuestiones, que resumimos de la siguiente manera.

1) Sociedad y persona jurídica

La reforma propuesta considera que la sociedad es un sujeto derecho, y ello debe complementarse con las normas existentes en materia de personas jurídicas:

Artículo 142.- **Comienzo y fin de la existencia.** La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.

Artículo 143.- **Personalidad diferenciada.** La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.

El comienzo de la persona jurídica ha sido ampliamente debatido, existiendo dos posiciones:

- a) La sociedad es sujeto de derecho desde el momento de su constitución. Es la tesis del derecho vigente y la que adopta este Anteproyecto.
- b) La sociedad es persona jurídica y es sujeto de derecho sólo a partir de la inscripción registral. En la etapa previa hay un contrato. Mediante ello se procura evitar la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a lo que es doctrinalmente un *joint venture* (contrato) y nunca sociedad, aun en sentido lato.

La Comisión ha considerado muy fundadas ambas posiciones, pero se ha inclinado por la primera.

Una cuestión de orden práctico es el funcionamiento de los registros, que, en muchas provincias, tienen demoras importantes para terminar los procesos de inscripción. En ese contexto, podrían generarse serios problemas para quien ha creado una sociedad, que no es tal hasta la inscripción, si ésta se atrasa varios meses. Por lo tanto, sin perjuicio del interés teórico, no se dan los presupuestos de infraestructura que la hagan viable.

Hemos tenido en cuenta también que, en los proyectos anteriores, no se innovó sobre el régimen vigente. Para no citar sino el Proyecto de 1998, luego de que su artículo 138 definía a las personas jurídicas como *“todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones”*, el artículo 147 preveía que *“la existencia de las personas jurídicas privadas comienza desde su constitución”*.

2) Sociedad unipersonal

Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa –objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad

empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores proyectos de unificación y la línea general propiciada por la doctrina.

La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. La razón fundamental es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales.

También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar, tienen solución con las reglas generales.

3) La categoría de la inoponibilidad

En este caso, se ha decidido expandir la tradicional regla del ámbito societario y ubicarla en el campo más amplio de las personas jurídicas en general. Por esta razón, el artículo 144 dispone: "Inoponibilidad de personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible.

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados".

En este caso se ha tenido en cuenta que el fenómeno ha trascendido el ámbito de las sociedades comerciales y ocurre con todo tipo de personas jurídicas privadas. Se trata de una regla de moralización de las relaciones jurídicas y de control de orden público, que se eleva de estatus normativo, como ha ocurrido con otros ejemplos, principalmente en el Título Preliminar.

En la reforma de la ley de sociedades se propone una norma similar, pero específica.

4) El régimen de los administradores

En este caso, al igual que en el anterior, se ha considerado que la responsabilidad de los administradores es una regla que trasciende el campo de las sociedades

comerciales. Hay numerosas asociaciones civiles, fundaciones, y todo tipo de personas jurídicas en las que es necesario valorar la responsabilidad de los administradores.

Por esta razón se dispone, en el campo de las personas jurídicas privadas (artículo 159): "Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación.

Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica".

Luego se regula la responsabilidad (artículo 160): "Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión".

En la regulación específica de las sociedades comerciales, se propone la unificación de principios generales en la parte general de la Ley de Sociedades Comerciales. La reforma se ha limitado a unificar en el artículo 59 las facultades, deberes y responsabilidad de los administradores en general, a los que remite el artículo 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, para los Directores, asegurando así la remisión del artículo 157, 4º párrafo referida a los gerentes.

El artículo 59 dispone: "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Deben hacer prevalecer el interés social por sobre cualquier otro interés. Les incumbe implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la sociedad y en las de ésta con otras personas a las que estén vinculadas. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de los socios. Tampoco pueden utilizar o afectar activos sociales ni aprovechar informaciones u oportunidades de negocios para beneficio propio o de terceros, ni realizar cualquier otra operación que pueda generar conflicto de intereses con la sociedad. El administrador o representante que tuviera un interés contrario al interés social debe hacerlo saber al órgano que integra, si fuese colegiado, y al de fiscalización en su caso. Debe abstenerse de intervenir en la deliberación y si su función es individual no puede resolver por sí. En las sociedades colectivas, en comandita simple y de capital e industria, debe comunicarlo a los socios.

Los que faltaran a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente por los daños y perjuicios que resultaran de su acción u omisión.

Los administradores en los grupos

En los grupos societarios la afectación del interés social por parte de los administradores de cada sociedad componente a los fines de atribución de responsabilidad, debe juzgarse tomando en consideración la política general del grupo con el criterio del tercer párrafo del artículo 54, la que debe asegurar un equilibrio razonable entre las sociedades que lo integran.”

5) Aspectos procedimentales

Se introducen reglas para disminuir la litigiosidad. Con una renovada redacción del artículo 15 de la Ley de Sociedades Comerciales se propicia:

- unificar en todo el país el criterio para determinar el procedimiento aplicable, superando las diferencias entre los Códigos de Procedimiento,
- se introduce el arbitraje optativo,
- se impone como obligatorio el arbitraje en caso de venta de acciones, cuando exista restricción contractual a su transferencia.

Estas reglas son específicas del régimen societario, y se complementan con el contrato de arbitraje, que las partes pueden celebrar, y que está regulado en el ámbito de los contratos especiales.

6) Sociedades entre cónyuges

En consonancia con los criterios más modernos, se ha admitido expresamente que los cónyuges pueden celebrar entre sí contrato de sociedad de cualquier tipo (artículo 27, Ley de Sociedades Comerciales).

7) Sociedad socia. Participaciones recíprocas

La Comisión ha considerado conveniente, en consonancia con la doctrina, ampliar las posibilidades existentes en cuanto a la sociedad socia y las participaciones recíprocas.

El artículo 30 de la ley 19.550 es reemplazado por una norma *muy amplia* para facilitar y promover negocios de organización, permitiendo recibir capitales. Se aplica especialmente a los denominados *Joint Ventures*, contrato exploratorio o preliminar, que no configura desde ningún punto de vista una sociedad, menos de hecho como alguna jurisprudencia ha señalado. Todas estas situaciones son *contratos*, y como tales deben ser tratados.

El artículo 30 establece que las sociedades pueden formar parte de sociedades del mismo tipo o de otro, aun si difieren los regímenes de responsabilidad de sus socios. Pueden ser parte de cualquier contrato asociativo.

El artículo 31 establece que las sociedades cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, pueden adquirir participación en otra u otras sociedades sin limitaciones. Si el contrato o estatuto lo autorizan, estas sociedades pueden también desarrollar tareas de intermediación, asesoramiento y ejercer mandatos vinculados a la actividad financiera o de inversión. Las entidades financieras y las demás sociedades reglamentadas por su objeto se rigen por las normas de sus respectivos ordenamientos.

Las sociedades no comprendidas en los párrafos anteriores sólo pueden tomar o mantener participación en otra u otras sociedades cuyo objeto sea similar o complementario. Si la participación es en sociedades que no cumplen este requisito, su monto no puede ser superior a la cuarta parte del capital social y de las reservas legales y a la mitad de las reservas libres y resultados acumulados. Para el cálculo de estos porcentajes se toma en cuenta el costo de adquisición de cada una de las participaciones, actualizado con criterios idénticos a los que la sociedad utilice respecto de su capital social. Se exceptúan de estos límites el exceso en las participaciones que resultara del pago de dividendos en acciones o de la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance; o el que se produjera por una disminución del patrimonio de la participante causada por pérdidas posteriores a la última participación computable.

Los socios pueden autorizar el apartamiento de los límites indicados mediante resolución que así lo disponga para cada caso concreto, adoptada con el quórum y la mayoría más elevados que el acto constitutivo o el estatuto requieran para su modificación.

Las participaciones, sean en partes de interés, cuotas o acciones, que exceden los límites fijados, deben ser enajenadas dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la aprobación de cualquier balance del que resulte que el límite ha sido superado. La elección de las participaciones sociales a ser enajenadas corresponde al órgano de administración social siempre que la resolución de los socios no hubiera impartido instrucciones al respecto.

Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los administradores sociales que adquirieron las participaciones en exceso y de los que omitieron enajenarlas, el incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de

voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso; también habilita a cualquier socio a promoverla judicial o arbitralmente.

Finalmente, el artículo 32 establece: “Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aun por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hace responsables en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores, consejeros de vigilancia y síndicos. Dentro del término de TRES (3) meses debe procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad, en caso contrario, disuelta de pleno derecho. Ninguna sociedad puede participar en otra sociedad que, a su vez, sea socia de ella, si por efecto de la participación el capital y las reservas legales resultan, aun indirectamente, invertidos en todo o en parte en su propio capital. Las participaciones recíprocas imputadas a reservas libres o resultados acumulados, no pueden exceder del DIEZ POR CIENTO (10%) del total de las partes de interés, cuotas o acciones de ninguna de las sociedades.

Las participaciones, sean en partes de interés, cuotas o acciones, adquiridas en violación a la prohibición o en exceso de los límites fijados en el párrafo precedente, deben ser enajenadas dentro de los TRES (3) meses siguientes a la fecha de la aprobación de cualquier balance del que resulte que el límite ha sido superado. El incumplimiento de la enajenación torna aplicable lo dispuesto en el último párrafo del artículo 31.”.

8) Conservación de la empresa

El principio de “*conservación de la empresa*” impone autorizar expresamente la remoción de la causal de disolución sin perjuicio de las responsabilidades asumidas y de terceros, cuando la empresa sea viable económica o socialmente.

9) Medios tecnológicos. Registro de datos sensibles en soporte distinto del papel. Reuniones a distancia

Recomendamos el acceso electrónico a los Registros, adoptando los medios tecnológicos que han sido incorporados para la contabilidad y las reuniones de integrantes de órganos a distancia. Para ello se establece que el acto constitutivo, contrato o estatuto social prevea: (i) el sistema de soporte sensible (por opuesto a soporte papel) que se adopte; (ii) la facultad de realizar reuniones (de administración, de gobierno o de control), emitir opiniones a distancia. Debiendo preverse quórum de presentes y distantes, soporte y firma; (iii) actas conforme al mismo criterio. La modernización que se propicia se refleja en la modificación de los artículos 61 y 73 de la ley 19.550.

